# أثر العرف في بناء الأحكام

# في القانون المدني الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي


## محمود علي الأسمر

## المشرف

## الدكتور عبد اللّه الصيفي


**قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في**

**الفقه وأصوله**


## كلية الشريعة – قسم الفقه وأصوله

## الجامعة الأردنية


كانون ثاني 2016

# المحتويات



:

:

# أثر الـــعرف في بنـاء الأحكام
# في القانون المدنـي الأردنـي
## مقارناً بالفقه الإسلامي

# Impact of custom in legal rulings structure in the Jordanian civil low
## In comparison with Islamic jurisprudence

:

# أثر العـــــــرف في بناء الأحكام في القانون المدني الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي

**إعداد**

**محمود علي عبد الرحمن الأسمر**

**المشرف**

**د . عبد الله الصيفي**

## الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مرتبة العرف في القانون المدني الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي ، من حيث المفهوم والأقسام وشروط الاعتبار والقواعد الفقهية المتعلقة بالرجوع إليه ، ثم إظهار عظمة وعمق الفقه الإسلامي كمرجع للقوانين المدنية الحديثة عند العرب والمسلمين ، وبيان مدى التوافق بين نصوص القانون المدني الأردني وأحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالعرف، ثم استقراء وتحليل المواد القانونية التي نصت على الرجوع للعرف أوالاسترشاد به في بيان الأحكام وبناءً ما سبق استنتجت أن هناك تأثيراً للعرف لا يستهان به في تنظيم عقود المعاملات في القانون المدني الأردني ، وذلك محل توافق مع الفقه الإسلامي ،ومن النتائج المهمة لهذه الدراسة أن مسألة المقارنة بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي قليلة الأثر، وذلك لأن وجود القانون المدني الأردني كان ثورة فكرية تشريعية على القوانين الأجنبية التي يتصادم كثير منها مع مبادئ الشريعة الإسلامية ،كما أبرزت الدراسة مدى الرجوع لمجلة الأحكام العدلية في بناء أحكام القانون، وأهمية المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في بيان مصادر الفقه الإسلامي التي رجع إليها المشرع في بناء أحكام القانون المدني الأردني وصياغة مواده

بسم الله الرحمن الرحيم

## المقدمة

الحمد لله الذي علم بالقلم ،علم الإنسان ما لم يعلم ، والصلاة والسلام على البشير النذير والسراج المنير سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن سار على نهجهم واهتدى بهديهم إلى يوم الدين وبعد .

فإن مدار البحث في الفقه الإسلامي والقانون هو تنظيم حياة الناس وبناء مجتمع متكامل يعرف كل فرد فيه ما له وما علية، وفي سبيل ذلك يسعى الباحثون لبيان الأحكام أو إيجاد ما يتناسب مع تجدد العصر وتطور الحضارة بما لا يمس جوهر الشريعة الغراء ،أو النظام العام والآداب كما في فلسفة فقهاء القانون ، وتأتي هذه الدراسة في موضوع العرف لبيان عظمة الفقه الإسلامي وصلاحيته شكلاً ومضموناً لإيجاد الأحكام بما يتناسب مع تجدد متطلبات العصر وتطور نظامه الاقتصادي والسياسي وتراجع نظامه الاجتماعي .

وتحتوي هذا المقدمة على المحاور التالية :

**مشكلة الدراسة**

أود الإشارة في هذا المقام أنه عند البحث في مشكلة الدراسة في العلوم الشرعية أنه لا يلزم من ذلك وجود اختلال يسعى الباحث لمعالجته أو خطأ يحاول تصحيحه ، بل يمكن أن تكون الدراسة في تبني موضوع ما أو إبراز فكرة أو بيان نظرية معينة ، وهذا ما ذكرته كلية الدراسات العليا تحت بند مشكلة الدراسة :

(يعطى الطالب فكرة عن موضوع الدراسة والأساس النظري الذي تقوم عليه والأسئلة أو الفرضيات التي ستحاول الدراسة الإجابة عليها /كلية الدراسات العليا).

وبناءً على ذلك فإن سؤال الدراسة الرئيسي هو :

**ما أثر العرف في بناء الأحكام في القانون المدني الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي**

ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة التالية :

1- ما العرف في القانون المدني مقارنا بالفقه الإسلامي .

2- ما أقسام العرف في القانون المدني وشروطه مقارنا بالفقه الإسلامي .

3- ما الأحكام المتعلقة بتغير العرف وتعارضه مع نصوص القانون المدني الأردني مقارنا بالفقه الإسلامي

:

4- ما أهم تطبيقات العرف في القانون المدني الأردني مقارنة بالفقه الإسلامي .

**أهمية الدراسة**

1- حاجة النظام البشري بشقيه الشرعي والقانوني إلى التطور من خلال تجدد الأعراف الصحيحة

2- تسليط الأضواء على مرونة الأحكام وقبولها لمتطلبات العصر في كل أمور الحياة المتطورة المتجددة التي لا تتعارض مع القواعد القطعية في الفقه والقانون .

3- الكشف عن حقيقة العرف وكيفية إسقاط قواعده وأحكامه على المستجدات المعاصرة ، حيث يحقق لهم مصالحهم ، ويؤمن لهم المنافع العامة ، والمقاصد الرئيسية التي جاءت الشريعة الغراء بها ، وكذلك اهتمامها بالأفراد والجماعات من خلال اهتمامها بعاداتهم وأعرافهم وتنظيم علاقاتهم الفردية والجماعية .

**أهداف الدراسة**

1- بيان معنى العرف في القانون المدني الأردني مقارنا بالفقه الإسلامي .

2- بيان وتحليل شروط اعتبار العرف وأقسامه في القانون المدني الأردني مقارنا مع الفقه الإسلامي

3- توضيح الأحكام المتعلقة بتغير العرف وتعارضه مع نصوص القانون مقارنا مع الفقه الإسلامي

4- استقراء وتحليل أهم تطبيقات العرف في نصوص القانون المدني الأردني مقارنا بالفقه الإسلامي .

**الدراسات السابقة**

العرف من أكثر المسائل التي تناولها طلاب العلم بالبحث ، بين التأصيل والتطبيق والمقارنة بالقوانين الوضعية ، وفيما يلي أهم الدراسات والأبحاث في ذلك

**أ - الرسائل الجامعية - الدراسة الأولى :**

العرف والعادة في رأي الفقهاء _ للأستاذ احمد فهمي أبو سنة ( ت 1424هـــ) رسالة تقدم بها لنيل درجة الدكتوراه من الأزهـــر الشريف .

عرض الباحث موضوع العرف في ثمانية مقالات : المقال الأول: مقدمات حول العرف ،ذكر فيه معنى العرف ونشأته وأسبابه وسلطانه ،والفرق بين العرف والعادة .المقال الثاني :اعتبار

:

العرف والاستدلال به .المقال الثالث : شروط اعتبار العرف .المقال الرابع :مدى احترام الشريعة للعرف المقال الخامس :تبدل الأحكام بالعرف والعادة .المقال السادس :العرف والعادة في الفتيا والقضاء المقال السابع :تعارض العرف واللغة .المقال الثامن : أهم الأحكام المبنية على العرف والعادة

وتشترك دراستي مع هذه الرسالة في بيان ماهية العرف وشروطه وأقسامه ، وتبدل الأحكام بالعرف ،واهم الأحكام المبنية على العرف .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة الثانية**

**العرف .حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة رسالة ماجستير عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته . جامعة الملك عبد العزيز - جده**

عرض الباحث في رسالته ،مفهوم العرف ، وشروطه ، وأقسامه ،وأهم التطبيقات عند الحنابلة ، ونصوص الفقهاء بالرجوع للعرف،

وتشترك دراستي مع هذه الرسالة في بيان بعض المعاملات المالية التي يوجد للعرف مدخلا إليها وذكر نصوص الفقهاء في الرجوع للعرف .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة الثالثة**

العرف : وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

سوسن محمد علي احمد العيسى . رسالة ماجستير - جامعة آل البيت 2008 م

- عرضت الباحثة الرسالة في فصلين

بينت في الفصل الأول مفهوم العرف وشروطه وأقسامه وحجيته

وفي الفصل الثاني وظائف العرف وتطبيقاته ،وذلك في أربعة مباحث وهي تفسير النصوص في المبحث الأول ،وفض النزاع في العقود والحقوق ،ومراعاة العرف في القضاء والفتوى ، واستخدام القرائن العرفية كدليل من أدلة القضاء في المبحث الثاني ،ب وفي المبحث الثالث تحديد المقادير وفي المبحث الرابع تغير الأحكام المبنية على العرف

وتشترك دراستي مع هذه الرسالة في بيان ماهية العرف وشروطه وأقسامه ،وفي فض النزاع في العقود والحقوق ، وتغير الأحكام المبنية على العرف .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة الرابعة**

:

**العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي**

عبد الملك عبد الله أحمد الزبيري ، رسالة ماجستير ، 2004م

تناول الباحث هذا الموضوع في خمسة أبواب .

الباب الأول **العرف ويحتوي على فصلين ،الأول :تعريف العرف ، الثاني : العرف وما يشابهه**

الباب الثاني **حجية العرف وشروطه** ، الباب الثالث **أقسام العرف واستعمالاته** ، الباب الرابع **العرف ومصادر التشريع** ، الباب الخامس **العرف في القانون اليمني**

وتشترك دراستي مع هذه الرسالة في بيان ماهية العرف وشروطه واستعمالاته .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة الخامسة**

منزلة العرف في المذهب المالكي والحنفي ، ميلود سرير ، الجامعة الأردنية، 1994

تناول الباحث الموضوع في بابين :

الباب الأول : العرف من الناحية الأصولية عند المالكية والحنفية ويحتوي على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تعريفه وأنواعه . الفصل الثاني : حجية العرف وشروطه وأهميته .

الفصل الثالث : تعارض العرف مع بقية الأدلة الشرعية وغيرها .

الباب الثاني : تطبيقات العرف في المذهب المالكي والحنفي . ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : القواعد الفقهية المبنية على العرف .

الفصل الثاني : تطبيقات العرف في المذهبين المالكي والحنفي .

وتشترك دراستي مع الباحث في تعريف وأنواع العرف، وحجية العرف وشروطه وأهميته ،بعض التطبيقات ،و القواعد الفقهية المبنية على العرف .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة السادسة** :

**العرف بين الشريعة والقانون ، محمد علي بحر العلوم ، الجامعة الإسلامية 2000م**

عرض الباحث الرسالة في قسمين

الأول يحتوي على فصلين

الفصل الأول _ حقيقة العرف

الفصل الثاني _ تمييز العرف عما يشتبه به

:

القسم الثاني : حجية العرف ومجالاته في الشريعة الإسلامية

تشترك دراستي مع الباحث في بيان حقيقة العرف ، وبعض مجالاته في الفقه الإسلامي .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني .

**الدراسة السابعة** :

**التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامية ، رسالة ماجستير ،جامعة الشارقة 2008م ،إعداد :الحمادي يعقوب أحمد يوسف**

تناول الباحث موضوع رسالته في مقدمة وثلاثة أقسام

الأول :العام والتخصيص والعرف

الثاني : التخصيص بالعرف القولي

الثالث : التخصيص بالعرف العملي

تشترك دراستي مع البحث في بيان أقسام العرف .

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

**الدراسة الثامنة** :

**القواعد الأصولية التي تبنى على العرف وأثرها في الفروع ، إخداد أكرم علي يوسف البشير ، رسالة ماجستير ،جامعة أم درمان**

عرض الباحث في موضوعه اختلاف العلماء في استقلالية العرف كدليل ، وذكر شروط اعتبار العرف وبعض تطبيقاته في المعاملات والأحوال الشخصية

الدراسة التاسعة : **العرف وأثره في فتاوى الإمام أبي حنيفة ،رسالة ماجستير، إعداد هارينتو بويمن ، جامعة أم درمان ،2007**

عرض الباحث في موضوعه أربعة

الفصل الأول : حياة الإمام أبي حنيفة

الفصل الثاني : العرف أقسامه وحجيته

الفصل الثالث : الإمام أبي حنيفة والعرف

الفصل الرابع : نماذج من آثار العرف في فتاوى الإمام أبي حنيفة

تشترك دراستي مع البحث في بيان أقسام العرف ، و نماذج من آثار العرف في فتاوى الإمام أبي حنيفة

وتضيف دراستي المقارنة بالقانون المدني الأردني

:

**ب - الأبحاث العلمية**

## مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد الخامس – 1988م

عقد مجمع الفقه الإسلامي مؤتمر خاص بالعرف بالكويت في الدورة الخامسة من 1 إلى 6 جمادي الأولى 1409هـ/ 10 إلى 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م.عرض فيه احد عشر بحثاً في موضوع العرف كما يلي :

### البحث الأول: العرف –إعداد الشيخ خليل محيي الدين الميس

ابرز الباحث أوجه استعمال العرف، وهي ثمانية أوجه :

1- استعماله بمنزلة الدليل على تشريع الحكم، كالمضاربة، ووقف المنقول.

2- أن يكون استعمال العرف معيارًا يرجع إليه القاضي والمفتي في تطبيق الأحكام المطلقة، كعقوبة التعزير.

3- أن يقوم العرف مقام التطبيق بالأمر المتعارف في الدلالة على الإذن أو المنع.

4- الاستعمال العرفي للألفاظ اللغوية، العرف القولي كلفظ الصلاة في قوله صلى الله عليه وسلم: ((لا يقبل الله صلاة بغير طهور)) .

5- أن يكون العرف الجاري بين الناس مرجحًا لبعض المذاهب الفقهية على بعض.

6- أن يكون العرف مقيدًا لتمويل بعض الأشياء، وتقومها بعد أن لم تكن كذلك.

مثاله: النحل والنبات الذي يثبت الطب فائدته، وفضلات الدواب التي اعتاد الناس تسميد الزروع بها، فإن اعتياد الناس تقوّم هذه الأشياء لحاجتهم إليها جعلتها أولًا تباع وتشترى بعد أن لم تكن كذلك.

7- تأثير العرف في الحكم الشرعي، لأن الظروف التي وجد فيها تغيرت يحتاج إلى احتياط أكثر، أو إلى تخفيف، وهذا يسمى بفساد الزمان.

مثاله: أن عدالة الشهود لا تثبت الآن إلا بالتزكية لتفشي الكذب، وضعف الإيمان بعد أن كان يكتفى بمجرد إسلام الشاهد.

وخروج النساء إلى المساجد، فإنه كان يسمح بها في الليل والنهار، لأن القلوب كانت محصنة بقوة التدين.أما الآن فقد تغير حال النساء والرجال

8- ما يحكم به بالعرف: كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة.، واتباع المفتي العرف الحادث في الألفاظ العرفية أمر لازم.

### البحث الثاني العرف : إعداد الشيخ كمال الدين جعيط

:

عرض الباحث العرف في عشرة مواضيع كما يلي :

الموضوع الأول: في ورود تكرر العرف والمعروف في القرآن والحديث، وهو اسم جامع لكل ما عرف من طاعة وتقرب لله وإحسان إلى الناس

الثاني: كون مرجع العبادات النصوص من الكتاب والسنة ومرجع العادات والمعاملات المعاني والمصالح

الثالث: موقف الإسلام من العادات والتقاليد

الرابع: في تقسيمات العرف، قسمه إلى صحيح معتبر وفاسد ملغى والصحيح إلى قولي وفعلي

الخامس: في سلطان العرف وهو سلطان واسع في استنباط الأحكام وتجددها وتعديلها وتحديدها وتقييدها، وفي تقعيد القواعد وتقريرها

السادس: في بيان أن الأحكام المبنية على العرف والعادة تتغير بتغير العادات والأحوال وهي قاعدة قررها العلماء

السابع: منزلة العرف بين الأدلة

الثامن: ارتباط العرف بالقرائن والأمارات

التاسع: تحقيق معنى عمل أهل المدينة وما جرى به العمل في الأقطار ومعنى العادة والفرق بين هذه الثلاث وبيان علاقتها بالعرف

العاشر: علاقة العرف بالحقوق، فذكر علاقته بالمال إذ العرف هو الذي يحدد ما هو مال مما ليس بمال، كما يحدد ما هو متقوم منه وما كان مثليًّا

**البحث الثالث نظرية العرف في الفقه الإسلامي : إعداد الدكتور إبراهيم فاضل الدبو**

بدأ بالعرف معرفًا ومقسمًا التقسيمات المعهودة إلى عرف عملي وقولي، ثم كل منهما إلى خاص وعام، وإلى العرف القولي الخاص أنه يخصص العرف العام، وأن العرف الفعلي الخاص مخصص للعام عند الحنفية دون الشافعية، ثم أقسام العرف الصحيح والفاسد، وحكم الفاسد منها، ووصل في مبحثه في حجية العرف، إلى بيان أن المالكية يقيمون للعرف وزنًا كبيرًا، وعرض لمقالة ابن عابدين، وكيف أن الفقهاء يرجعون إلى العرف والعادة في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلًا، وأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، والقاعدة " العادة المحكمة ". وخلص إلى القول بأن العرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، وأنه ليس دليلًا مستقلًا، لكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة، وأورد الأدلة على مقالته هذه .

**البحث الرابع العرف: إعداد الدكتور محمد عطا السيد سيد احمد**

:

بدأه بالعرف اللفظي ، وأنه يعتد به متى كان عامًّا لبلد أو قوم، وأما أن كان خاصًا بالمتكلم حمل لفظ على عرفه الخاص عند المالكية كما قال في الأيمان والنذور والطلاق وغيره. والعرف العملي، ذكر مذهب الإمام مالك رضي الله عنه في المسألة، ثم قسم العرف إلى فعلي أي الخاص بفرد، وذكر عدم الاعتداد به ثم عرض لحجية العرف وذكر كلًّا من قولي أبي سنة والمرحوم أبي زهرة، ثم مقالة العز بن عبد السلام، بأن الأيمان مبنية على العرف، فمقالة ابن عابدين بأن كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف

**البحث الخامس العرف بين الفقه والتطبيق : إعداد الدكتور عمر سليمان الأشقر**

واهتم الباحث بالتركيز على قضيتين:

الأولى: مسألة جمود كثير من فقهاء المسلمين على الأحكام والفتاوى التي أصدرها السابقون، وكان مدركها العرف، على الرغم من تغير عرف الناس فيها.

والثانية: تقديم عرف الناس وعوائدهم على الشريعة الإسلامية

يقول الدكتور الأشقر في بحثه :

المجال الذي يعمل فيه العرف عند المسلمين محصور في أمرين :

الأول : تفسير النصوص المطلقة التي لم تفسرها اللغة ولا الشريعة .

والثاني :الأحكام التي ليس للشريعة غرض في فعلها على وجه معين ، وإنما المراد الإتيان بها على أي وجه كان ، وتركت أمرها إلى ما تجري به العوائد والأعراف .

وقال الباحث على الرغم من احتجاج العلماء بالعرف إلا انه ليس دليلا من أدلة الفقه الإسلامي ، ولكنه دليل ظاهر يرد دائما إلى دليل أخر من الأدلة الصحيحة *(القرآن ،والسنة ، والإجماع ، والمصلحة المعتبرة شرعاً)*

**البحث السادس العرف ( بحث فقهي مقارن ) : إعداد الدكتور محمد جبر الألفي**

معنى العرف، وتعيين أركانه، وأساس قوته الملزمة، وبيان الوظيفة التي يمكن أن يؤديها في مجال التشريع

**البحث السابع العرف في الفقه الإسلامي : إعداد الدكتور إبراهيم كافي دونم**

وبين الباحث في موضوعه المسائل التالية :

1- دور العرف والعادة في منهجية القانون

2- دور العرف والعادة في تطبيق القانون

3- في تطبيق الأحكام المستندة إلى العرف.

:

4- في حالات وجود سلطة التقدير للحاكم.

5- في تفسير التصرفات القانونية.

6- دور العرف والعادة في مجال قانون المرافعات (تقدير أدلة الطرفين)

**البحث الثامن العرف بين الفقه والتطبيق : إعداد محمود شمام**

سلط الباحث الأضواء على العرف بين الفقه والتطبيق"، وأن القاضي يفزع إلى العرف كلما نفذ النص، أو احتاج إلى شرح غموض نص، وأشار إلى أهمية العرف والعادة واستهل بحثه بقول ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار    لذا عليه الحكم قد يدار

ثم عرف العرف لغة واصطلاحًا، ووصل به الكلام إلى حجية العرف، واستعرض الآيات التي لها علاقة بالموضوع، ثم الأحاديث والآثار الواردة في الباب. وساق مذاهب الفقهاء الأحناف وقولهم: التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط. مذهب المالكية وقولهم: عمل أهل المدينة هو أصل مشهور. مذهب الحنابلة، لم يأخذوا بالعرف إلا في حدود ضيقة. مذهب الشافعية، عملوا به في فروعهم، وإن لم يثبت عند إمامهم. مذهب الشيعة الإمامية: العرف تأكيد لحكم العقل، أو أنه من أدلة الإجماع.

وخلاصة البحث:

- اتفاق كلمة الأئمة على اعتبار العرف، وساق العديد من المسائل المنتقاة من أحكام العرف عند المذاهب.

- مبدأ اعتبار العرف: فيما يتعلق بالحقوق والمعاملات، والمبدأ العام يقول: إن للعادة تأثيرًا على التشريع، وللعرف علاقة وطيدة ومتينة بالاجتهاد، وإن الفقهاء جميعًا اعتبروا العرف ولكن بقيود، وأشار إلى منزلة العرف عند علماء القانون، حيث قالوا: إن الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة وتقرها، ثم ذكر شروط اعتبار العرف وحصرها في خمسة شروط، وخلص إلى القول: العرف المعتبر هو ما يخصص العام، ويقيد المطلق فقط.

**البحث التاسع العرف ودوره في عملية الاستنباط : إعداد الشيخ محمد علي التسخيري**

استهل البحث بتعريف العرف وتقسيماته إلى عام وخاص، وقولي وفعلي، وصحيح وفاسد، ثم ذكر مجالات العرف الأربعة ليصل إلى تساؤل، هل العرف أصل قائم برأسه أم لا

واستعرض الباحث عمل العرف في أربعة مجالات وهي :

:

أولًا: ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل عقد الاستصناع ويتم الاستكشاف من خلال الامتداد بهذا العرف إلى زمان المعصوم عليه السلام وإثبات إقراره لهذا العرف ويصبح بذلك سُنَّة عبر هذا الإقرار.

ثانيًا: ما يرجع فيه لتشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها للعرف كلفظ (الإناء) و (الصعيد) و (القرء) مما أخذ موضوعًا في لسان الأدلة.

ثالثًا: ما يرجع فيه لاستكشاف مرادات المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ

رابعًا: ما يستكشف به ما يمكن الاحتجاج به وهو بناء العرف العام على الأخذ بالظواهر أو الأخذ بقول الثقة أي ما يستكشف به الحجة الأصولية.

**البحث العاشر .العرف : إعداد الدكتور أبو بكر دكوري**

تناول الباحث موضوع العرف في المباحث التالية

1- تعريف العرف و الفرق بين العرف والعادة و الفرق بين العرف والإجماع.

3- تقسيمات العرف.

3- حجية العرف ومذاهب العلماء في اعتباره.

4- شروط اعتبار العرف وتحكيمه.

**البحث الحادي عشر منزلة العرف في التشريع الإسلامي : إعداد الشيخ محمد عبده عمر**

حيث عرض الباحث تعريف: العرف في الاصطلاح اللغوي والفقهي.ومنزلة العرف في التشريع الإسلامي ،ودور العرف في الفقه الإسلامي والشروط التي قيده بها الفقهاء. ،و النظرة الفقهية بين الفقهاء للعرف اللفظي والعملي بين المذاهب.

**البحث الثاني عشر - العرف والعادة وأثرهما في تغير الأحكام الفقهية**

إسماعيل أبو شريعة

تضمن البحث مدلول العرف والعادة وأنوعها وحجيتهما وأثرهما في تغير الأحكام الشرعية ، مع تسليط الضوء على التطبيقات الفقهية للأحكام المتغيرة بالعرف في زمن الرسالة ، أو في عهد الصحابة والتابعين ، وفي عصر الأئمة المجتهدين كنماذج ، ومدى بناء الأحكام الفقهية على العرف والعادة في العصر الحاضر

:

**البحث الثالث عشر: وظائف العرف في التشريع الإسلامي . د . احمد القرالة . المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية 2007 – المجلد الثالث**

وفي هذا البحث إضافة جديدة يستفاد منها حول وظائف العرف ، وذلك بان للعرف وظائف منها تفسيرية للألفاظ ، و وظيفة تكميلية كدليل عند عدم الدليل ، و وظيفة كمعيار لغيره ، ودليل على الباطن و وظيفة الترجيح عند التعارض ، وتصحيح الشروط الفاسدة .

**البحث الرابع عشر العرف وعلاقته بالقانون – إعداد محمد علي الزعابي – الإمارات العربية المتحدة – 2011**

الباحث تعرض لمرتبة العرف بين مصادر القانون الإماراتي وكذلك مرجعية العرف في الشريعة ، وهذا لا علاقة له بالقانون المدني الأردني

ومن خلال استعراض الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون في موضوع العرف ، لم أجد أي من ذلك في الأردن ، وهناك بعض الدراسات المقارنة ولكن مع بعض القوانين العربية ، وذلك لا يتوافق مع الهدف من هذه الدراسة .

الأبحاث السابقة عرضت جميع المسائل المتعلقة بالعرف ،ومضمون رسالتي لم يخرج عن ذلك إلا في ، مسألة المقارنة بالقانون المدني الأردني

**مناهج البحث** :

**1- المنهج الاستقرائي**

بما أن هذه الرسالة مقارنة بين الفقه والقانون ، فإنني سأقوم باستقراء النصوص بالفقه والقانون المدني الأردني واضع النتائج العامة بناء على ذلك ، ومن الجانب الآخر دراسة التطبيقات القديمة والحديثة في موضوع العرف ، ومناقشة ثباتها أو تغيرها .

**2- المنهج التحليلي**

وسأعمل من خلال هذا المنهج على تحليل النصوص الشرعية والقانونية ومناقشة الآراء الموسعة أو المضيقة لباب العرف ، ثم تحليل عوامل تغير العرف ، وأسباب نشأة القواعد العرفية .

**3- المنهج الاستنباطي والنقدي**

ومن خلال هذا المنهج سأقوم بالرجوع إلى كتب الفقه وأصوله القديمة ، وكذلك المراجع القانونية في الأردن واستنباط ضوابط العرف الصحيح وقواعده وطريقة الرجوع إليه وتحكيمه .

ويتمثل المنهج النقدي بعدم التسليم بكل ما يقال ولكن بموضوعية،وذلك لأن الهدف من أي بحث أن تبرز شخصية الباحث بشكل علمي ودون تشوف للمخالفة أو التعنت للرأي الشخصي

**4-المنهج المقارن**

:

ويتم من خلاله المقارنة بين نظر القانون المدني الأردني ونظر الفقه الإسلامي في كيفية ضبط معايير تطبيق العرف

**حدود الدراسة**

تتناول هذه الدراسة موضوع العرف في القانون المدني الأردني من خلال النصوص التي أوردها القانون في الرجوع إلى العرف ، ومقارنة ذلك بالفقه الإسلامي ،ومدى الاتفاق والاختلاف بينهما ،ويخرج من الدراسة القضايا التي بحثها الفقه الإسلامي ولم يتطرق إليها القانون المدني الأردني في مجال العرف وذلك لأن موضوع الدراسة من خلال العنوان المقارنة بين العرف في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي وليس العكس .

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض القوانين خرجت من عباءة القانون المدني الأردني ،واستقلت بقوانين خاصة،كالقانون التجاري ،وقانون الشركات ،وقانون العمل ،وقانون المالكين والمستأجرين ،والأوقاف ،ومقاولي الإنشاءات ،حيث أقر القانون المدني ذلك ونص على لزوم مراعاته هذه القوانين عند التطبيق حيث جاء في المادة 1448/مدني أردني

1- يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية 0

2- عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة.

وإضافة على ذلك فإن هذه القوانين ألغت ما يعارضها من القوانين الأخرى بما فيها القانون المدني ،باستثناء قانون العمل الذي حرص على تحصيل حق العامل من أي مصدر قانوني في الأردن حتى لو خالف نصوص هذا القانون حيث جاء في المادة (4) من قانون العمل

أ- لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو اتفاق أو قرار إذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون

ولنستعرض مدى استقلالية القوانين التالية عن القانون المدني والذي يعتبر مصدراً تاريخيا لها

## خطة الدراسة

**تتضمن خطة الدراسة ثلاثة فصول كما يلي :**

**الفصـــــــــل الأول :العرف في القانون المدني الأردني** مقارناً بالفقه الإسلامي

تمهيد : نشأة العرف

المبحث الأول: معنى العرف

:

**الفصل الثاني :الأحكام المتعلقة بتغير العرف وتعارضه مع النص في القانون المدني الأردني**



**الفصل الثالث تطبيقات أثر العرف في القانون المدني الأردني**



:

# تمهيد

## القانون المدني الأردني ، تطوره ونشأته

قبل البحث في نشأة القانون المدني الأردني والمراحل التي مر بها ،لابد من بيان معنى القانون لغة واصطلاحاً ، ثم التعريف بالقانون المدني الأردني ،كما يلي :

### القانون في اللغة :

القانون كلمة أصلها يوناني وتعني الشيء المستقيم كالمسطرة والعصا المستقيمة ، واستخدمها العرب في لغتهم ، يقول ابن منظور:

(القوانين) الأصول الواحد (قانون) وليس بعربي. **(1)**

ويأتي القانون بمعنى النظام الذي يحكم الأمور بشكل ثابت ومستمر، وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون في لغة الفلسفة على النظم التي ت حكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية وعلى هذا فلكل شيء قانونه فيقال قانون الكون،وقانون الأخلاق ،وقانون البقاء للأصلح .(2)

وباستقراء بعض كتب الفقه الإسلامي القديمة يلاحظ استخدام لفظ قانون وقوانين بمعنى الشريعة والمنهج ،منها "القوانين الفقهية " لابن جزّي (ت 741 هـ)

:

**القانون في الاصطلاح :**

مجموعة قواعد عامة مجردة ملزمة تنظم العلاقات في المجتمع

ويرجع أصل تسمية القانون المدني إلى القانون الروماني، وتعبير المدني civil مشتق من الكلمة اللاتينية civili والتي تعني المدينة، حيث كان القانون المدني يطبق في مدينة روما وعلى مواطنيها، في حين أن القانون الذي كان مطبقاً خارج روما يسمى قانون الشعوب.

وفي العصور الوسطى، تطور مفهوم القانون المدني ليصبح مرادفاً للقانون الروماني وخاصة موسوعة القانون المدني ، وذلك لتمييزها من القانون الكنسي، وذلك مقابل النظام القانوني الذي يقوم على الشريعة العامة . وطرأ تطور آخر على مصطلح القانون المدني ليصبح بعد ذلك مرادفاً لتعبير القانون الخاص (3)

---

**1- ابن منظور ، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري (ت: 711هـ) لسان العرب ، دار صادر - بيروت ،261/1**

**2- الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ،ط7 ،دار وائل ،عمان ،2007**

**3- أنظر ،عبد العال ،محمد عكاشة و المجذوب ، طارق ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ، 2002م ، ص293**

ويعرف القانون المدني بأنه مجموعة المواد التي تنظم المعاملات المالية بين الأفراد أنفسهم وبينهم وبين الدولة بصفتها شخصاً عادياً في المجتمع (1)

وقد صدر القانون المدني الأردني 1976/8/1 على أن يعمل به في 1977/1/1 كقانون مؤقت رقم 1976/43 والذي تم إقراره من قبل مجلس النواب الحادي عشر في 1995 م .

وكانت الحكومة الأردنية قدمت مشروع قانون مستمد من القوانين الغربية وعرض في سنة 1954 على مجلس النواب الأردني فأقره ورفع إلى مجلس الأعيان في سنة 1955.

إلا أن مجلس الأعيان رد ذلك المشروع وأعاده إلى مجلس النواب مع التوصية بوضع مشروع قانون مدني مقتبس من المجلة ويضاف إليه من الأحكام ما يتطلبه التعامل العصري ويعدل ما يحتاج إلى التعديل على أن تصاغ مواده بلغة عربية بليغة لا ركاكة فيها ولا تعقيد .

وفي 1957/12/17 أعاد مجلس النواب النظر في المشروع المعاد من قبل مجلس الأعيان حيث قرر رفضه .(2)

وبعد مضي ست سنوات عادت الحكومة فعرضت مشروع القانون نفسه على مجلس النواب وطلبت الحكومة من مجلس النواب إعادة النظر في المشروع فإذا بمجلس النواب يقر هذا

:

المشروع في 1964/2/10 ويرفعه إلى مجلس الأعيان وأحاله مجلس الأعيان إلى اللجنة التشريعية (القانونية ) لدراسته وتقرير ما ينبغي بشأنه فإذا بالأكثرية توافق عليه لولا أن احد الأعضاء تمسك بالتوصية التي سبق صدورها من المجلس في سنة 1957 برفض المشروع وبطلب وضع مشروع جديد لقانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية (حيث وصفه مجلس الأعيان بكنز شريعتنا ) لا أن يكون مأخوذا من تشريعات أجنبيه كالقانون الفرنسي أو القانون الايطالي .(3)

"وانقسم الرأي في مجلس الأعيان حول المشروع واستند معارضوه إلى أقوال بعض فقهاء القانون ومنهم العلامة المرحوم الدكتور عبدا لرزاق السنهوري الذي قال في شأنه :

الواجب أن يستقل العرب بقانونهم الذي يتلاءم مع تقاليدهم وعقليتهم ولا يحق لهم أن يتركوا مصادرهم الفقهية الإسلامية إلى قانون مترجم عن القانون المدني الفرنسي ( معظم مواده من لوائح ابن سحنون )

---

**1- السرحان ، عدنان إبراهيم وخاطر ، نوري حمد، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية دراسة مقارنة ، عمان – الأردن 2000م ، ص9**

**2– أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ط3-1992مطبعة التوفيق ،عمان -الأردن ،ج1/**

**3– المرج السابق ، ج1 /18 فما بعدها**

وقد كان لهذه المناقشات صداها في الرأي العام فتوجه عدد كبير من رجال الفقه والقانون إلى مقام الملك الراحل الحسين مطالبين أن يظل الأردن متمسكا بقانون مدني منبثق عن الشريعة الإسلامية وقد استجاب لهذه الرغبة الصادقة فوجه الملك الحسين رحمه الله رسالة إلى رئيس الوزراء أشار فيها إلى مدى اهتمام الرأي العام بمشروع القانون المدني المعروض على مجلس الأمة وما لهذا القانون من صله ومساس بالمجتمع الأردني وعقيدته وتنظيم أمور حياته ومعاملاته ثم أشار إلى الالتماس الذي تقدم به عدد كبير من رجال الفكر والقانون وخلص إلى انه يرغب في أن يصار إلى تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون لدراسة مشروع القانون المدني وإعادة النظر فيه حتى يضل نابعا من أصوله ومصادره.(1)

وقد صدع رئيس الوزراء بالأمر الملكي ووجه إلى رئيس مجلس الأعيان كتابا في 1964/4/8 أورد فيه نص الرسالة الملكية وأشار إلى انه ليس في العرف الدستوري ما يحول دون استئناس

:

مجلس الأمة برأي الخبراء من أهل الاختصاص في أي شان من شؤون التشريع المعروضة عليه سواء أكانوا من الرسميين أو غير الرسميين .

وقد طلب رئيس الوزراء من رئيس مجلس الأعيان العمل على تشكيل لجنة من كبار العلماء والفقهاء لدراسة مشروع القانون المدني وإعادة النظر فيه على ضوء التوجيهات التي تضمنتها الرسالة الملكية .

وقد عقد رئيس مجلس الأعيان عدة اجتماعات استقر الرأي في ختامها على تشكيل لجنة من بعض أعضاء مجلس الأعيان والنواب وبعض القضاة بالإضافة إلى بعض علماء الدين الإسلامي في المملكة منهم :

المرحوم الشيخ عبدا لله غوشه قاضي القضاة والمرحوم سعيد الدرة عضو محكمة التمييز والدكتور عبدا لعزيز الخياط عميد كلية الشريعة آنذاك والشيخ إبراهيم زيد الكيلاني رئيس القسم الديني في الإذاعة آنذاك ذلك إلى جانب أعضاء من مجلس النواب والأعيان ومنهم السيد / بهجت التلهوني رحمه الله .

وقد تضمن الاقتراح الاستعانة برأي فقهاء القانون في العالم العربي وعلى أثره صدر القرار من رئاسة مجلس الوزراء بالموافقة على هذا الاقتراح ثم عدل تشكيل اللجنة نظرا لاعتذار بعض المرشحين لعضويتها .(2)

---

**1- أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ،ج18/1**

**2- المرجع السابق ،ج1/ 19**

وقد اجتمعت اللجنة التي تشكلت لهذا الغرض مع اللجنة القانونية لمجلس الأعيان فإذا بالتباين في وجهات النظر بين الفريقين يتضح بصورة لا تدع مجالا للوصول إلى نتيجة وقد أدى ذلك إلى رفع الأمر إلى رئيس مجلس الأعيان .(1)

ولما كانت الرسالة الملكية صريحة واضحة المعاني ترسم صورة التشريع الواجب إعداده ووضعه ليحل محل مجلة الأحكام العدلية والقوانين الأردنية النافذة فقد تقرر في مجلس الأعيان دعوة المرحوم الدكتور / عبد الرزاق السنهوري للاشتراك في وضع مشروع القانون المدني الأردني هو والأستاذ / مصطفى الزرقاء أستاذ الشريعة المعروف في سوريا رحمه الله .

وصدر بذلك قرار مجلس الأعيان في 1966/2/21 ولكن هذه الدعوة بعد إن وجهت لم يتيسر تنفيذها لأسباب تتعلق بالسياسة المحلية في مصر في ذلك الحين ثم قامت حرب حزيران سنة

:

1967 وتوقف المشروع إلى إن شكلت لجنة جديدة لوضع القانون المدني الأردني برئاسة المرحوم / بهجت التلهوني رئيس مجلس الأعيان في 1971/6/3 وقد باشرت اللجنة عملها بعد إزالة العقبات الإدارية التي طرأت بسبب تغير صفة رئيس اللجنة وبعض أعضائها وقد استمرت اللجنة في متابعه إعمالها مستعينة ببعض الخبراء من مصر وسوريا إلى أن حققت ما جاء في الرسالة الملكية ووضع بذلك مشروع القانون المدني الأردني مستمدا من أحكام الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين مع أن الغالب هو الفقه الحنفي .(**2**)

وقد أشارت اللجنة أيضا إلى أنها لم تفعل الأحكام الواردة في المشروع الأول فأخذت منها ما لا يتعارض مع أحكام الفقه بصفة عامه ومع روحه بصفه خاصة وإنما روعي أن يكون الفقه الإسلامي هو المصدر الأساسي للتقنين الجديد.

وقد كان هدف اللجنة على حد ما ذكرت في تقريرها هو خلق رابطه قوية بين تراث الماضي ومتطلبات الحاضر وأهداف المستقبل .

وقد أبرزت اللجنة بصفة خاصة نظريات عديدة حفلت بها كتب الفقه الإسلامي لا تقل في روعتها وجديتها عن نظريات القوانين الغربية وذلك ذكرت اللجنة انه كان من أهدافها دفع تراث الماضي إلى ركب الفقه المقارن كمصدر أساسي يسهم في فلسفة الفقه الحديث.(3)

إن استعراض نصوص القانون المدني وأحكامه يسمح لنا بالقول بأن المشرع حاول فيه جاهدا أن يلتزم أحكام الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين .

---

**1- أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ،ج**21/1

**2- أنظر المرجع السابق ، 21/1 فما بعده**

**3- المرجع السابق 22/1 ، فما بعدها**

وهو ما تشيــر إليه المذكرات الإيضاحية للقانون أيضا. وهو قد نجح في مسعاه إلى حد كبير فأستطاع أن يؤكد صلاحية الفقه الإسلامي وقواعده لصياغة قانونية يسهل فهمها والرجوع إليها .

إلا أن المشرع الأردني لم ينجح في مطابقة قواعد الشريعة الغراء والفقه الإسلامي يكل شيء

فهو قد خالف مثلاً ما هو مقرر في الفقه من حصر التعويض في الإصابات الجسدية بالدية وأجزائها المقدرة ( الارش ) ، وغير المقدرة مثل ( حكومة العدل ) ، حيث سمح للمضرور بالمطالبة بالتعويض المدني إضافة إلى مبلغ الدية . إلا أن كل ذلك لم يبعد القانون المدني الأردني عن أحضان الشريعة وفقهها ، حيث يعد هذا القانون الخطوة الأكثر تقدماً والتزاماً في قواعد الفقه الإسلامي ، إلا أنها تبقى خطوة تحتاج لخطوات أخرى لتنقية هذا القانون مما شابه من التناقض

:

أحيانا بسبب صعوبة التوفيق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، خصوصاً أن المشرع ركن على النصوص الجاهزة التي أخذت بها القوانين الأخرى ، ولم يعتمد صياغة جديدة تتفق في شكلها ومضمونها مع قواعد الشريعة والفقه الإسلامي (1).

المراجع والمصادر التي اعتمدت عليه لجنة إعداد مشروع القانون المدني الأردني حسبما "جاء في البيان الذي ألقاه دولة السيد بهجت التلهوني رئيس اللجنة الملكية لإعداد مشروع القانون المدني الأردني في مجلس الأمة بتاريخ 1976/12/5

ا- مجلة الأحكام العدلية ،والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه

2- التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها

3- مشروع القانون المدني الأردني الموجود في مجلس الأعيان

4- كامل التشريعات والقوانين المعاصرة المستمدة من الفقه الإسلامي " (2)

الخبراء الذين اقتبست منهم المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: (3)

1- د. محمد زكي عبد البر

2- الأستاذ عبد القادر الأسود

3- الأستاذ محمد مصطفى المنفلوطي

4- الشيخ علي الخفيف

5- الشيخ مصطفى الزرقا

وقد صدر القانون المدني الأردني رقم(43) مشفوعاً بمذكرات الإيضاحية عام 1976م

---

**1 – السرحان ،عدنان إبراهيم ، خاطر ، نوري حمد ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية دراسة مقارنة ، عمان – الأردن 2000م ، ص9 و10**

**2- أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 16/1**

**3- المرجع السابق ص31**

## تعريف بالمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني

المذكرات الإيضاحية أو التفسيرية بشكل عام تقتصر على إيضاح بعض مدلولات النص ومراجعه وحقيقة قصد المشرع منه فهي مكتوبة بشيء من التفصيل وتكشف عن أمور لا تذكر عادة في النصوص القانونية والأهداف التي يراد تحقيقها والحكمة منها ، كما أن المذكرات الإيضاحية تفسر بعض الألفاظ التي قد تؤدي إلى الخلاف لما تنطوي عليه من مرونة عند التطبيق وهي لا تستطيع أن تضيف إلى التشريع أحكاماً جديدة أو تعدل في الأحكام التي يتضمنها

:

وبينت المذكرات في المقدمة المراحل التي مر بها القانون المدني الأردني إلى أن وصل إلى صيغته النهائية

يقول الدكتور عمار القضاة في مقدمة شرحه للمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني :

وجاءت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني بدورها الاسترشادي والمفسر لنصوص القانون ولتَفَهُّم نصوصه والوقوف على مراحله التشريعية المختلفة، وبدورها المؤرِّخ لمواده ، حتى شكلت هدياً للقضاء في أحكامه في فهم نية المشرع ، ومرجعاً يعوِّل عليه القاضي في فهم ما يعرض عليه...إلى أن قال : تبقى المذكرات الإيضاحية توأما للقانون المدني الأردني بحيث تنقل النص لتربطه بإرث فقهنا الإسلامي العظيم المتجدد، ليرتكز عليها القانون الحديث في فهم حالة النص وإرادة المشرع. (1)

---

**1- القضاة ،عمار محمد ،المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،ط1،دار الثقافة ،عمان 2015م ص21**

## الفصـــــل الأول

## العرف في القانون المدني الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي

:

## تمهيد : نشأة العرف

**معناه، شروطه ،أقسامه ،القواعد الفقهية المتعلقة به .**

**المبحث الأول: ماهية العرف في القانون المدني الأردني مقارنا بالفقه الإسلامي**

**المبحث الثاني : شروط اعتبار العرف**

**المبحث الثالث : أقسام العرف**

**المبحث الرابع : القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في القانون المدني الأردني**

**المبحث الخامس :القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي**

## تمهيد

## نشأة العرف

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات ، ذلك لأنه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع . وفي الجماعات البدائية كان العرف المصدر

:

الوحيد للقواعد القانونية ، إذ كان الناس يسيرون وفقاً لعادات وتقاليد يتوارثونها جيلا بعد جيل ويحافظون عليها ، لأنهم كانوا يشعرون بضرورة إتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم . فنشأت العادات الجماعية لتصبح أعرافاً ملزمة وفقاً لظروف المجتمع ، ومن ذلك القضاء حسب العرف ، بالتالي فإنها شادت لهذا القضاء قواعد وهي وإن كانت غير مكتوبة ،إلا أنها سائدة بينهم سيادة القانون لدى الأمم المتمدنة ، وأن هذه القواعد والقوانين العرفية ليست وليدة ساعة من الزمن ، أو من وضع رجل واحد وإنما هي وليدة الماضي بأكمله ، وخلاصة سلسلة من التجارب توارثها الأبناء عن الآباء ، وتم صيانتها والحفاظ عليها جيلاً بعد جيل .(1)

ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد ، وتقدمت الجماعات ظهر عجز العرف عن مسايرة الأوضاع الحديثة ، لأنه ينمو نموا بطيئاً ، لا يمكن من مسايرة التطور السريع ، ولا يقوى على تنظيم كل شيء . ولهذا قل شأنه وأصبحت منزلته كمصدر للقانون منزلة ثانوية . وكان لا بد من تدخل إرادة واعية لتنظيم الأوضاع الحديثة ، فقام التشريع واحتل المقام الأول بين مصادر القانون بدل من العرف . وقد ساعد على ذلك أيضا أن المجتمعات انتقلت إلى مرحلة التنظيم و وجدت فيها سلطة تستطيع بما لها من نفوذ أن تفرض هذا النفوذ على الأفراد . (2)

---

**1- إعداد ،ثابت ،محمود سالم ، القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع ،من منشورات موقع أم الكتاب للأبحاث والدراسات الإلكترونية – غزة – فلسطين**

**2**- فرج ،توفيق حسن ومطر،محمد علي ،المدخل للعلوم القانونية ،ص250 فما بعدها

**المبحث الأول**: **ماهية العرف في القانون الأردني مقارناً بالفقه الإسلامي**

لا بد قبل بيان ماهية العرف في اصطلاح أهل القانون مقارناً بالفقه الإسلامي من ذكر التعريف اللغوي للعرف ،ثم بيان مدى ارتباط التعريف الاصطلاحي بالتعريف اللغوي ،وهل العرف مستقى من الفقه الإسلامي أم من القانون. ،أم أنه مستقل من حيث وجوده التاريخي ومفهومه اللغوي .

**المطلب الأول- العرف في اللغة**.

:

يطلق العرف لغة على معانٍ كثيرة منها :

1 – العرف: المعروف من الإحسان لقوله تعالى ( وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ) الأعراف199، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه، ويقال: أُرْسِلَتْ بالعُرْفِ، أي بالمعروفِ ،(وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ) أي: المعروف ، وهو أفعال الخير، والشيء المحبوب المرضي سمي معروفًا لكثرة تداوله والتآنس به حتى صار معروفًا بين الناس . (1)

2 – كل عالٍ مرتفع ( ومن ثم أطلقوا على أوائل الرياح وأعاليها " أعرافًا ") ، عرف الديك، موج البحر،. وقوله تعالى: {والمُرسَلاتِ عُرفاً} **المرسلات (1أية)** أي متتالية كشعر الفرس (2)

3– العرف ضد النكر وأتيت فلاناً متنكراً ثم استعرفت أي عرّفت نفسي.(3)

4 – المجازاة لأعرفنّ لك ما صنعت أي لأجازينك به، وبه فسر قوله تعالى: " عرف بعضه وأعرض عن بعض " التحريم ( **أية 3** ) (4)

5 – العرف من المعرفة : يقال خرجنا من مجاهل الأرض إلى معارفها. عريف القوم وهو القيّم بأمرهم الذي عرف بذلك وشهــر. (5)

---

**1 -الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، ،م1،ط1 ،دار المعرفة - بيروت ص 335**

**2- ابن منظور، لسان العرب ، 11 /144 وما بعدها، الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت 393هـ) الصحاح تاج اللغة ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين - بيروت 4 /1402 .**

**3- الزبيدي، تاج العروس ، بيروت 1966 ، 6 /193. الفيروز أبادي،القاموس المحيط ،1373هـ ، مؤسسة الرسالة - بيروت 3 /178 - 179.**

**4- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت (570هـ)المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،م1،بدون ط ،دار الكتب العلمية -بيروت .**

**5- المعجم الوسيط، القاهرة، 1950م،2 /53-54 مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة 1961م، 2 /601. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو ،ت538هـ) ،أساس البلاغة، ط1 ،تحقيق ،محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1419 هـ - 1998 م ج646/1**

**المطلب الثاني-ماهية العرف في القانون**

اختلفت عبارات أهل القانون حول ماهية العرف إلا أنها متفقة من حيث المعنى على ماهية العرف ،وأذكر من هذه التعريفات

1 – العرف :اعتياد الناس واطرادهم على اتباع سلوك معين لدرجة الاعتقاد بأن هذا السلوك واجب الإتباع.(**1**)

:

2 – العرف: مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي اتبعها الأفراد في سلوكهم أجيالاً متعاقبة حتى نشأ الاعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة .**(2)**

شرح التعريفين ومناقشتهما :

قولهم اعتياد الناس :دلالة صريحة على التكرار والاعتياد مرة بعد مرة ،من جماعة من الناس وأراد بلفظ الناس ليخرج بذلك الفرد الواحد لأن تكرار العادة من الفرد لا تسمى عرفا ولا يصح لغة أن يطلق عليه عرفا فرديا بل عادة فردية

والاطراد : التتابع والتواتر بدون شذوذ **(3)**

الاعتقاد بإلزامية العرف: لأن هذا طريق لتحكيم العرف حال النزاع ، وبدون هذا القيد يصبح العرف لا معنى ولا أهمية له

يشير التعريف إلى تطور مفهوم العرف حيث يبدأ من عادة لا تحمل المعنى الإلزامي فتتطور إلى قاعدة ملزمة وهي العرف

القواعد غير المكتوبة : ولعله قصد بغير المكتوبة أي بين طرفين وليس المدونة في الكتب ،لأن ما يكتب بين الأطراف يصبح اتفاقا سواء وافق العرف أو خالفه ،ولكن هذا لا يمنع أن يدون ما جرى من الأعراف والعادات بين الناس على شكل كتاب أو بحث يتضمن أعراف الناس وعاداتهم ،ويلاحظ أيضا ذكر القواعد العرفية بالجمع ،والصحيح أنه لو جرت عادة الناس على قاعدة واحدة معينة أو سلوك معين لا يمنع ذلك أن يسمى عرفا ، فالأنسب أن يكون التعريف : العرف: قاعدة أو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي اتبعها الأفراد في سلوكهم ...الخ

---

**1. فرج ، توفيق حسن ومطر،محمد علي ،المدخل للعلوم القانونية ،بيروت- 1990م ص251 ،و الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ،ط7 ،دار وائل ،عمان 2007 ص154 ، و الصده ،عبد المنعم فرج ، أصول القانون ،بدون ط ، ص140**

**2. المرجع السابق ص/140،**

**3. الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريمي أبو البقاء الحنفي ،ت( 1094ه) الكليات، م1 ،المحقق: عدنان درويش - محمد المصري ،مؤسسة الرسالة – بيروت ج140/1**

وأرى ترجيح التعريف الأول للعرف ، وذلك لأنه جامع لشروط اعتبار العرف من القدم والثبات والإلزام ، وأقترح زيادة عبارة (بما لا يخالف النظام والآداب العامة) وذلك احترازاً عن اعتياد الناس عادات سيئة تتعارض مع قيم المجتمع .

:

وبالرجوع للمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني لا نجد تعريفاً للعرف، إلا أنها عندما شرحت أسباب مخالفة القانون الأردني لغيره من القوانين العربية التي قدمت العرف على الفقه الإسلامي كمصدر احتياطي في تطبيق القانون ،ذكرت المذكرات الإيضاحية ما نصه :

...ولم يرد المشروع أن يجاري التقنيات المدنية العربية بالإحالة إلى العرف ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة على خلاف بين هذه التقنيات في ترتيب هذه المصادر أو جميعها ، ليس فقط نزولا على الأسباب الموجبة أو وضع هذا المشروع والأسس التي رسمت له وهي استمداده من الفقه الإسلامي أولا _ بل أيضا إيمانا بان مبادئ الشريعة الإسلامية إذا احتيج إلى الالتجاء إليها تغني عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فضلا عما تتسم به هذه الأخيرة من إبهام وغموض على خلاف مبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم إن القواعد الفقهية والمبادئ الإسلامية تقر العرف مرجعا لبعض الأحكام فتقر أن ( العادة محكمة ) وان ( استعمال الناس حجة يجب العمل بها )وان ( الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ) وانه ( لا ينكر تغيــر الأحكام بتغير الأزمان ) وان ( الحقيقة تترك بدلالة العادة ) وان ( المعروف عرفا كالمشروط شرطا ) وان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ) والإحالة إلى الأحكام الفقهية ومبادئ الشريعة الإسلامية تتضمن الإحالة إلى العرف . (1)

ويبنى على ذلك أمور منها

1 – إن ما قررته المذكرات الإيضاحية من أحكام تتعلق بالرجوع إلى العرف يقتضي أن البحث في النصوص القانونية التي تحكم العادة والعرف مرده إلى الفقه الإسلامي إلا ما نص القانون على خلافه

2 – ولهذا فإن مساحة المقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي محدودة في مجال العرف،ومن يصر على وجود مطلق المقارنة فأقول له إنك تقارن الشيء بنفسه ، وذلك لأن القانون المدني الأردني أحال فهم وتفسير وتأويل نصوصه إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي وذلك في المادة 3 : "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي "

---

**1. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ط3، مطبعة التوثيق ،عمان 1992 م ، ص36**

## المطلب الثالث- ماهية العرف في الفقه الإسلامي

:

من يتصفح كتب الفقه الإسلامي وأصوله القديمة والحديثة فإنه يجد معظم هذه الكتب تناولت معنى العرف ،وهي متفقة من حيث المعنى على أن العرف هو تكرار فعل أو قول مستحسن لدى العقول السليمة عند جماعة أو جموع من الناس .

وأذكر تعريفين من القديم والحديث للعرف

1 – عرفه الجرجاني بقوله: العرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول ،وهذا ما ذكره الكفوي في الكليات (1)

2 – عرفه الشيخ عبد الوهاب خلاف، بقوله: "هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"(2)

وقد أحسن الشيخ خلاف بذكره لفظ (أو ترك) في تعريف العرف، لأن العرف كما يكون موجودا يكون متروكا أيضا وهذا يوصلنا إلى القول بالعرف الوجودي والعرف العدمي ، ويظهر أثر ذلك من خلال تمسك بعض الناس بعادة اندثرت أو عرف عفا عليه الزمن ،كعادة ما يسمى (مرضوة الأعمام والأخوال في الزواج) ،إلا أن عبارة (ما تعارفه الناس ) يؤدي إلى الدور في التعريف ، وذلك من باب تعريف الشيء بنفسه .

وارى أن تعريف الجرجاني جامع مانع ، وهو التعريف الذي أختاره للعرف وفيما يلي شرحه :

* ما :تشمل جميع أنواع العرف العام والخاص القولي والفعلي ،لأنها من ألفاظ العموم

* التعريف يشمل الاطراد والثبات من خلال ذكره للاستقرار في النفوس وتلقي الطباع السليمة بالقبول

* قوله: العرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، أراد أن يخرج الأحكام النقلية من ماهية العرف ،لأنه لا وجود لحكم العرف مع وجود النص ،وذكر العقول والنفوس بالجمع أراد أن يخرج العادات الفردية من التعريف

---

**1- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، ( ت816هـ) التعريفات ،المحقق: جماعة من العلماء ، الناشر دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ، 1403هـ-1983م ،ج149/1 ،الكفوي ، الكليات ،617/1،المرغيناني البناية شرح الهداية ،82/2وأنظر ،ابن نجيم، الأشباه والنظائر ،ص/79**

**2- الكفوي ،أيوب بن موسى الحسيني القريمي أبو البقاء الحنفي ( ت 1094هـ) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ،المحقق: عدنان درويش - محمد المصري ، مؤسسة الرسالة – بيروت ج617/1**

**3- خلاف ، عبد الوهاب خلاف ،(ت 1956)علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، م1 مطبعة المدني مصر ص 85**

:

* وقوله وتلقته الطباع السليمة بالقبول :أراد أن لا يطلق العنان للعقل حتى في غير المنصوص عليه بل قيده بموافقة الفطرة والطباع السليمة التي تقبل الحسن وترفض القبيح ،وبناءً على هذا فلا تصح تسمية أحد أقسام العرف (بالعرف الفاسد ) لأن هذا نقض لاصطلاح العرف فالعقلاء لا يتناقلون الفاسد ،ولا يستقر في نفوسهم،والفاسد لا تقبله الطباع السليمة

ومن وجه آخر فالتعريف جامع مانع ، جامع لمعنى الخير والمعروف والإحسان ،ومانع من المنكر والجهل والفساد ،فحقيقة العرف إذن لا تقبل الفاسد .

والذي يبدو لي أن ابن عابدين جانب الصواب في اعتباره ارتكاب المحرمات من العرف الفاسد المخالف لنصوص الشرع ، وهذا قوله عن تعارف الناس أكل الربا وشرب الخمر :

" إذا خالف العرفُ الدليل الشرعي من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيرا من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه " **(1)**

فشرب الخمر لا يستقر إلا في النفوس المريضة لا السليمة ويتناقله السكارى لا العقلاء، واكل الربا من كبائر الذنوب ، فكيف تستقيم عبارة ابن عابدين (كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر..الخ ) والمخرج لمن يقولون عرفاً فاسداً أن يقولوا عادة فاسدة ، وتقسيم العرف إلى صحيح وفاسد من جهة موافقته أو معارضته للنص تقسيم حديث من حيث الشكل، وهذه العبارة (العادة فاسدة) "**(2)** استخدمها الفقهاء القدامى ولم يستخدموا عبارة العرف الفاسد ولم أجدها في كتبهم ،إلا في بعض كتب المالكية "**(3)**

وهذا من وجهة نظري لا يقدح في التعليل الذي ذكرته في عدم صحة عبارة العرف الفاسد لتناقض اللفظين في المحل الواحد في العبارة الواحدة ، كالذي يقول نهار أسود أو حليب أسود أو طويل قصير أو عالم جاهل .

وفقهاء القانون لا يعتبرون أن العادة المخالفة للنظام العام والآداب ،أو ليست نافعة للجماعة أو تتنافى مع الأسس الأخلاقية التي تقوم عليها المثل العليا للمجتمع لا يمكن أن ترتقي إلى مستوى العرف مهما طال عليها الزمن أو كانت قديمة وراسخة في أذهان الناس ،( كعادة الثأر) **(4)**

---

**1- ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ،ج116/2 PDF**

**2- أنظر استخدام عبارة (عادة فاسدة ) القرافي ، الذخيرة 284/1 ، تكملة ألمطيعي ، المجموع 126/13،الشربيني ، مغني المحتاج 23/3، وابن تيمية ،المحرر في الفقه ، 222/5**

**3- انظر في ذلك :القرافي، الذخيرة 325/5و387/5، والخرشي ،شرح مختصر خليل ،302/3**

**4- أنظر، الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ، دار وائل ،عمان 2007 ، ص163**

:

**المطلب الرابع – مدى الارتباط بين العرف في اللغة واصطلاح القانون والفقه الإسلامي**

المعروف ، والمستحسن، والمتتابع، والمشتهر، وخلاف المنكر، ألفاظ جاءت لبيان المعنى اللغوي للعرف(**1**).

وبالنظر إلى التعريف القانوني والفقهي للعرف نجد أن ألفاظ التعاقب، والتكرار، والاطراد ، وما استحسنته العقول ، وردت في القانون والفقه لبيان المعنى الاصطلاحي للعرف .

وبالنظر إلى التعريفين السابقين ، نلاحظ أن الفقه والقانون نهلا معاني العرف من اللغة العربية فالتتابع والتكرار، والاشتهار، والاطراد ، معان مترادفة لبيان ماهية العرف في القانون والفقه الإسلامي ،ومن هنا يظهر أن العرف موجود قبل الإسلام وقبل القانون بشكل عام ،وذلك لأن اللغة هي المادة اللفظية للتشريع ،وعندما جاءت التشريعات السماوية والأرضية أقرت العرف كل ضمن شروطه وضوابطه .

**المطلب الخامس - مقارنة بين التعريف القانوني والفقهي**

من خلال استعراض التعريف القانوني والفقهي للعرف نجد أن هناك توافقا نسبيا في اللفظ والمعنى بين التعريفين من حيث تكرار الفعل أو القول ، والاطراد ، والقدم ، والثبات

أما الاختلاف فنشأ من التعريف القانوني حيث جاء فيه بعض القيود الزائدة منها :

1 – أن يكون العرف على شكل قواعد غير مكتوبة .وردا على هذا الشرط فما الذي يمنع أن يدون ما جرى من الأعراف والعادات بين الناس في كتاب يتضمن أعراف الناس وعاداتهم ، وأين التوافق بين هذا الشرط وما تقولون أن العرف قانون ويلزم القاضي العلم به ويخضع للرقابة في تطبيقه ، فمن أين للقاضي أن يعلم بشيء غير مكتوب ،ومتغير أيضا وكذلك القول بالنسبة للمحكمة التي تراقب عمل القاضي في الرجوع للعرف

2 –الاعتقاد بإلزامية العرف : الاعتقاد بإلزامية العرف مسألة متفاوتة بين الناس ، فجريان العادة واطرادها بين الناس ينشئ الركن الإلزامي في تحكيم العرف، وكيف نوفق بين الاعتقاد بإلزامية العرف وما ذكرتم من أنه يلزم القاضي تطبيقه سواء وافق الأفراد أم اختلفوا في ذلك وما أثر الاعتقاد بإلزامية العرف إذا كان الاختلاف على العرف وارداً كما ذكرتم .أما التعريف الفقهي إن كان لا يدل بمنطوقه على وجوب تولد الشعور لدى الناس بأن العرف ملزم ، فلا يمنع استنباط إلزامية العرف بالمفهوم من خلال التعريف ان العرف ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول .

:

1- ابن منظور، لسان العرب ، 11 /144 وما بعدها، الجوهري، الصحاح تاج اللغة ، 4 /1402 .

**المطلب السادس :الفرق بين العرف والعادة في القانون والفقه الإسلامي**

أولا –الفرق بين العرف والعادة في القانون

ذكرت كتب القانون (1) فروقاً بين العرف والعادة أوجزها بما يلي

1- أن العرف ( قانون ) يلزم القاضي تطبيقه سواء وافق الأفراد أم اختلفوا في ذلك حين أن القاضي لا يلتزم بتطبيق العـــادة.

2- إذا كان القاضي ملزماً بتطبيق القاعدة العرفية باعتبارها مصدراً من مصادر القانون فلا يكلف لأفراد تبعاً لذلك إثباتها في حين يلزم إثبات العادة .

3- متى كان العرف قانوناً فهو ( يطبق ) على الناس سواء ً علموا به أم لا لأن القاعدة الشهيرة تقول (لا يقبل من احد أن يعتذر بجهله القانون) بعكس العادة .

4- يخضع القاضي للرقابة في تفسيره للقاعدة العرفية بينما لا يخضع في العادة **(2)**

5- العرف يبنى على ركنين مادي ومعنوي ،بينما العادة لها ركن مادي فقط وهو التكرار

مناقشة الفروق السابقة

باستقراء نصوص القانون المدني الأردني ،فإن الفروق المذكورة بين العرف والعادة تكاد تكون معدومة من خلال سياق النص،وذلك لأن المذكرات الإيضاحية نصت على أن إحالة الحكم حال انعدام النص إلى الفقه الإسلامي يتضمن الإحالة إلى العرف ،ولا فرق بين العرف والعادة في الفقه إلا من باب العموم والخصوص .

أما عن الفرق الأول: فإذا كان العرف قانون فالعرف يتغير ،والقانون لا يتغير إلا بمروره بمراحل تشريعية معينة ،وكذلك ما يذكر من أن العرف قانون غير مكتوب ويلزم القاضي العلم به ويخضع للرقابة في تطبيقه ، فمن أين للقاضي أن يعلم بشيء غير مكتوب ،ومتغير أيضا ،وكذلك نفس القول بالنسبة المحكمة التي تراقب عمل القاضي في الرجوع للعرف،وأين فائدة الركن المعنوي المتمثل في الاعتقاد بإلزامية العرف إذا كان لازم التطبيق سواء وافق عليه أطراف النزاع أو لم يوافقوا ولننظر إلى المادة (4) :تجاري أردني كيف سمحت للمتعاقدين قصد مخالفة العرف .المادة(1/4) تجاري:على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية..

:

**1. فرج ،توفيق حسن ومطر،محمد علي ،المدخل للعلوم القانونية ،ص 257 فما بعدها**
**2- المرجع السابق ،** ص 257 فما بعدها

أما عن الفرق الثاني ومفاده : إذا كان القاضي ملزماً بتطبيق القاعدة العرفية باعتبارها مصدراً من مصادر القانون فلا يكلف لأفراد تبعاً لذلك إثباتها في حين يلزم إثبات العادة .
فمسألة عدم تكليف الإفراد بإثبات القاعدة العرفية ،فهذا كلام نظري يخالفه الواقع لدى القضاء الذي يستعين بالشهود والخبرة لإثبات العرف .
يقول الدكتور توفيق فرج أستاذ القانون المدني :
وفي الحالة التي تكون فيها القاعدة العرفية غير واضحة لا يسهل على القاضي الوقوف عليها ، فإن معاونة الخصوم له على اثباث هذه القاعدة ، لا يعني أن القاضي يترك لهم إثباتها(**1**)
إذن ما قاله الدكتور فرج ينطوي على مفهوم أن هناك قواعد عرفية يصعب على القاضي الوقوف عليها ، ويطلب من الخصوم إثباتها ،وهذا هو عين التناقض مع ما ورد في البند **(2)** من الفروق بين العرف والعادة.
الفرق الثالث ومفاده : العرف قانون فهو ( يطبق ) على الناس سواءً علموا به أم لا لأن القاعدة الشهيرة تقول (لا يقبل من أحد أن يعتذر بجهله القانون) بعكس العادة
ويرد على هذا أيضاً أن القاضي يبحث عن الحكم في نصوص القانون المكتوب المتضمن أبواب المواد وأرقامها،فإن لم يجد يبحث في أحكام الفقه ومبادئ الشريعة المدونة في مراجعها أيضاً فإن لم يجد يرجع إلى العرف وهنا يكمن الإشكال بيننا وبين من يقول أن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله ، ومحل ذلك في منهج القاضي في الرجوع للعرف ،ويكون ذلك بإحدى طريقتين لا ثالث لهما ،فإما أن تكون قواعد العرف موثقة لدى القاضي ،وهذا ينقض ماهية العرف في القانون بأنه قواعد غير مكتوبة ،أو الرجوع للخبراء والشهود في بيان العرف الذي لا مفر منه في نهاية المطاف
الفرق الرابع ومفاده: أن القاضي يخضع لرقابة محكمة التمييز في تطبيق العرف بينما لا يخضع في العادة
والرد على هذا ذكرته في مناقشة الفرق الأول ،وقد عرض د عبدالله الخشروم رأيان في خضوع القاضي لرقابة محكمة التمييز في تفسيره للقاعدة العرفية فيقول :
"هذا الموضوع محل خلاف بين فقهاء القانون فذهب رأي إلى أن العرف لا يعتبر قانوناً مكتوباً،

:

**1. فرج ،توفيق حسن ومطر،محمد علي ،المدخل للعلوم القانونية ،ص 258 فما بعده**

وبالتالي لا تملك محكمة التمييز رقابته لأن محكمة التمييز هي محكمة قانون تراقب مدى تطبيق المحاكم للقانون، ويضيف أصحاب هذا الرأي إلى أن فتح المجال أمام محكمة التمييز للتدخل ومراقبة تطبيق العرف سوف يؤدي إلى تثبيت العرف وتوحيده في كل أنحاء الدولة، مع أنه من الأفضل ترك العرف عرضة للتغيير وفق ظروف الزمان والمكان أما الرأي الآخر فيرى أن العرف قانون، وبالتالي تملك محكمة التمييز مراقبة تطبيقه وتفسيره ،" **(1)**.

**ثانياً- الفرق بين العرف والعادة في الفقه الإسلامي**

العرف والعادة عند جمهور الفقهاء بمعنى واحد

ويذكر الفقهاء لفظي العرف والعادة مقترنين في بناء الأحكام وذلك في مواضع يصعب حصرها (2)

يقول الشيخ علي حيدر في شرح المجلة :والعادة بمعنى العرف**(3)**

ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة **(4)**

وفي تعريف الشيخ الزرقا للعرف يقول :هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل **(5)** .

وفي تحليله للتعريف يقول ويفيد هذا التعريف أن العرف نوع من العادة

إلا أن هناك فرقا بين العرف والعادة يظهر في باب العموم والخصوص

فالعادة هي: الشيء المألوف سواء كان عند فرد أو جماعة.

وأما العرف فهو: الشيء المألوف الخاص بجماعة ،ولا يصح أن يقال عرفا فرديا

وعليه فإن العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة، وليس كل عادة عرفاً.

**1- الخشروم ، عبد الله ، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني ،الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.com**

**2- السرخسي ، المبسوط ،133/8، وابن نجيم ، البحر الرائق ،226/6 ، و والغيتابي ، البناية شرح الهداية ، 663/5 ،و نظام الدين ، الفتاوى الهندية ،35/3 ،و القرافي ،الذخيرة ،56/5، والدميري ،النجم الوهاج ،359/6، والماوردي ، الحاوي الكبير ،433/1 ،و وابن قدامة ، المغني ،491/2**

**3 حيدر ،علي حيدر خواجة أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ) م4 ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام تعريب ، فهمي الحسيني ،دار الجيل الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م ج 44/1**

:

**علي حيدر :فقيه حنفي كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة**

**4- خلاف ،عبد الوهاب خلاف ،،علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، م1 مطبعة المدني ،مصر ،ص85**

**5- الزرقا ،مصطفى احمد ،(ت 1420ه-199م) المدخل الفقهي العام ،مطبعة طربين –دمشق 1968م ج841/1**

**المطلب السابع – المعاني والمشتقات اللفظية للعرف التي أوردها القانون**

القانون المدني الأردني عندما يحيل بعض الأحكام إلى العرف تجده يستخدم الألفاظ التالية المتعلقة بالعرف وسبب التنوع اللفظي هو ما يناسب سياق النص وليس اختلاف المعنى

1) العرف: نصت عليه المواد ، 2و ، 66 و، 100و ،151 و ،164و،202و،226 و،498 و 490و499، و530، و626و ، 667 و ،686 و ،693 و ،695و، 710 و،729 و741، و742و،779و،784،و793و 797،و503و،804،و808،و810،و811و،814و،815و،824و،854و،916و،922،و 1027و،1141و1309

2) للعرف : نصت عليه المواد 177 و،239 و،625

3) المعروف : نصت عليه المواد224و،225 و،325 و681، و728 و، 860و،1299 و593 و626

4) المتعارف عليه : نصت عليه المواد 476 و، 682 و، 890 و ،919 .

5) عرفا : نصت عليه المادة 56 و، 91 و، 124 و، 173 و، 223 و، 681 و ،769 و 933 .

6) المعتاد : نصت عليه المواد 719 و، 772 و، 841 و، 1209 و، 1391 .

7) العادة (وجرت العادة ) : نصت عليه المواد : 66 و، 164 و، 220 و، 370 و، 1077

:

## المبحث الثاني :شروط اعتبار العرف

**أولا – :شروط اعتبار العرف في القانون**

نص القانون المدني الأردني صراحة على شروط اعتباره حيث جاء في المادة (1) فقرة (3) كما يلي :

3– فان لم توجد (1) حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب ، أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

ويستخلص من النص السابق الشروط التالية لاعتبار العرف

1. أن يكون العرف عاماً :

(وهذا الشرط لا يعني عدم اعتبار العرف الخاص في القانون بقدر ما هو تأكيد على بيان هذا الشرط في محله ) فالخاص يجب أن يكون عاماً بين جميع أفراده ،فالعموم هنا عائد على الصفة لا على النوع ، حيث جاء بنص المادة 2 من القانون " إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد " .

2– أن يكون قديماً :

أن يكون مضى على نشوئه مدة طويلة تدلُّ على رسوخ أثره في النفوس حيث تكرر العمل به وألفه الناس وتعودوا عليه واستساغوه وحملوا بذلك القضاء على اعتباره

3. أن يكون ثابتاً :

أي أن يتم اتباعه بطريقة ظاهرة لجميع الناس و بدون انقطاع.

4. أن يكون مطرداً :

ومعنى اطراده أن يكون العمل بالعرف مستمراً ، وغالبًا في أكثر الحوادث.

5. ألا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب **(1)**

:

**(1) (المقصود بعبارة فإن لم توجد ،أي فإن لم توجد أحكام)**

**(2)* النظام العام : هو مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع**

*** الآداب العامة : يقصد بها مجموعة الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع والتي يرى الناس أنها واجبة الإتباع في علاقاتهم ولذلك لا يباح الخروج عليها عن طريق الاتفاقات الخاصة . والآداب الْعَامَّة في اللغة هي :الْعرف الْمُقرّر المرضي ، النقيب ،عاطف ،نظرية العقد ،ط1،1م ، منشورات عويدات ،بيروت ،ص282**

**ثانيا – شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي**

وشروط اعتبار العرف في القانون لا تختلف عن شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي ،إلا في الشرط الخامس ومحله عدم معارضة أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب في القانون وعدم معارضة النصوص الشرعية في الفقه الإسلامي ، وأرى أن شرط عدم معارضة العرف لنص شرعي أو قانوني من قبيل إثبات المثبت،وذلك لأن التعارض باتفاق علماء الأصول يقع بين الأدلة المتساوية أو المتعادلة ولا تساوي بين العرف والنص لا في الشريعة ولا في القانون . فالشريعة جاءت لتنظم وتصحح عادات الناس وليس العرف جاء ليحكم معاملات الناس وسلوكهم إلا حال سكوت النصوص الشرعية عن بعض الأحكام في المعاملات .

ومن يتتبع أقوال الفقهاء قديما وحديثا لا يجد خلافا يذكر في شروط اعتبار العرف،وهي القدم والثبات ،والاطراد،وعدم مخالفة النصوص الشرعية (1).

ولعل خلاصة القول في الشروط جاءت فيما خلص إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت كما يلي

قرار رقم (9) بشأن العرف:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409 هـ/ 10 إلى 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م. بعد اطّلاعه على البحوث المقدَّمة من الأعضاء والخبراء في موضوع "العرف" واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

قرَّر:

العرف المعتبر شرعًا هو ما استجمع الشروط الآتية:

(أ) أن لا يخالف الشريعة، فإن خالف العرف نصًّا شرعيًّا، أو قاعدة من قواعد الشريعة، فإنه عرفٌ فاسدٌ.

(ب) أن يكون العرف مطردًا (مستمرًّا) أو غالبًا.

:

(ج) أن يكون العرف قائمًا عند إنشاء التصرف.

(د) أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرَّحا بخلافه، فلا يعتد به.(2)

---

**1-ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ،81/1 فما بعدها ، - القرافي ، الفروق ، 190/3 السيوطي ،الأشباه والنظائر ،92/1 فما بعدها ،الهيتمي ، الفتاوى الفقهية ا لكبرى ،183/2**

**2- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ،الكويت ،1988م 2847/5**

وبالنظر إلى شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي نجد أن هناك توافقا بين الفقه والقانون في اعتبار الشروط وبعض الاختلاف في الشرط الأول والخامس ،ومحل ذلك في الشرط الأول أن المقصود بالعام في الفقه الإسلامي الانتشار بين جميع أفراد المجتمع أو أغلبهم أما في القانون فالعرف العام هو ما ينشأ عن صنع السلطات العامة والمرافق العامة في الدولة عندما تباشر وظائفها العامة مثل العرف الإداري. أما العرف الخاص فهو من صنع الأفراد عندما ينشأ عن معاملاتهم فى المعيشة (1). وفي الفقه الإسلامي يشترط عدم معارضة العرف لنص شرعي قطعي، وفي القانون جاء الشرط بألا يتعارض مع أحكام القانون، أو النظام العام أو الآداب ،والسبب واضح في هذا الاختلاف وهو طبيعة المصدر لدى الفقه الإسلامي والقانون .

:

1–الجبور ، ياسر ، أرشيف شؤون قانونية ،الإنتر نت ، 2010/7/3

## المبحث الثالث : أقسام العرف

**أولا - أقسام العرف في القانون**

تضمن نص القانون المدني الأردني وجود أنواع العرف من خلال الفقرة 2/مادة 3مدني أردني حيث جاء فيها " فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد " **(1).**

ويلاحظ ذلك من سياق النص الذي أقر بوجود العرف العام والعرف الخاص أثناء تناوله لشروط اعتبار العرف ،أما العرف اللفظي فقد تضمنته المادة 91 فقرة1 وهذا نصها

1- الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول **(2)**.وكذلك ما ورد في

المادة 93 : التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس **(3)**

ويستخلص مما سبق الأقسام التالية للعرف

1. العرف العام :ويندرج تحته

أ. العرف العملي

ب. العرف اللفظي

2. العرف الخاص :ويندرج تحته أيضاً

أ. العرف العملي

ب. العرف اللفظي

5 – العرف التجاري نصت عليه المادة 2/593 مدني . **(4)**

:

وكذلك قد يكون العرف التجاري عاماً وقد يكون خاصاً بسوق معين أو ببلدة معينة .(5)

**1. القانون المدني الأردني ، الفقرة 2/مادة3**

**2. المرجع السابق ، المادة 91 فقرة1**

**3. المرجع السابق ،المادة 93**

**4. المرجع السابق ، المادة 2/593**

**5- إلا أن هناك عرفاً عاماً في القانون المدني الذي ينظم معاملات الأفراد كما صرحت بذلك الفقرة الثالثة من المادة (2)ا من القانون المدني الأردني، وهو خاص بمن يعيش على الأرض الأردنية ونص القانون على العرف العام يعني عمومه لدى الأردنيين**

**ثانيا ـ أقسام العرف في الفقه الإسلامي**

ينقسم العرف من حيث موضوعه ومتعلقه إلى قسمين وكل من هذين القسمين يندرج تحته العرف العام والعرف الخاص (1)

1 – عرف لفظي : وهو أن يستعمل اللفظ فيما وضع له في اللغة، وفي غير ما وضع له كلفظ الدابة .وقد اعتبر الفقهاء العرف القولي، فحملوا عليه ألفاظ التصرفات، ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى ونصوا على أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، فإذا كان المتكلم باللفظ هو الشارع فإنه يحمل على الحقيقة الشرعية، وإذا كان المتكلم من أهل اللغة فإنه يحمل كلامه على عرفه، وتحمل ألفاظ الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات على عرفهم في مخاطبتهم، ويجري ما يترتب على ذلك من التزامات على حسب ما يفيده اللفظ في العرف ، ويقسم إلى

أ – لفظي عام

مثال ذلك: إذا حلف شخص قائلا " والله لا أضع قدمي في دار فلان " يحنث سواء دخل تلك الدار ماشيا أو راكبا، أما لو وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها لا يحنث؛ لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول.

ب – لفظي خاص :وهو ما استعمله أهل مدينة أو بلدة معينة أو أصحاب مهنة معينة كلفظ (ضمان) الزيتون في الأردن ،وحقيقته شراء الثمر على الشجر

2 – عرف عملي : وهو أن يعتاد الناس على عادات معينة في المعاملات في البيع والشراء والتأجير ونحو ذلك ، وهو قسمين أيضا

أ – العرف العام : وهو الذي يكون شائعاً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور (2) يقول علي حيدر في شرح المجلة : "والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به، ولو كان مخالفا للقياس ، مثل تعارف

:

الناس على تقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة في إجارة الأماكن والآلات يومياً، أو أسبوعياً، أو شهرياً، أو سنوياً، وتأخيرها في بعض البلاد، أو تسلم بعض الأجرة، وتأخير الباقي إلى استيفاء المنفعة".**(3)**إلا أن المثال الذي ذكره الشيخ علي حيدر خالف ما ذكره عن العرف العام ، حيث أشار إلى العرف في تقديم الأجرة في بعض البلاد وتأخيرها في بلاد أخرى

ب- العرف الخاص ،ويغلب وجوده عند أصحاب المهن والتجار والمحلات

---

**1- حيدر ،علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج45/1(**

**2-ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبير ط الأميرية 1316هـ.، 1 / 282** 3

**3- القرافي ،الفروق 171/1**

## المبحث الرابع :القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في القانون المدني الأردني

يظهر من خلال استقراء كتب الفقه الإسلامي أن القواعد الفقهية التي اعتمدها القانون المدني الأردني مستمدة من الفقه الإسلامي ،وهذا ما ذكرته المذكرات الإيضاحية صراحة حيث جاء في شرح المادة الثانية ،" إن القواعد الفقهية والمبادئ الإسلامية تقر العرف مرجعا لبعض الأحكام فتقر أن ( العادة محكمة ) وان ( استعمال الناس حجة يجب العمل بها )، وان ( الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ) وأنه ( لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ) وأن ( الحقيقة تترك بدلالة العادة )، وأن ( المعروف عرفا كالمشروط شرطا ) (وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ) والإحالة إلى الأحكام الفقهية ومبادئ الشريعة الإسلامية تتضمن الإحالة إلى العرف ". .**(1)**

ومن وجه آخر فإن مجلة الأحكام العدلية ذكرت هذه القواعد الفقهية من المادة 36- المادة 46 باستثناء المادة 39 من المجلة ( لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ) حيث استبعدها القانون من مواده ، ولم تستبعدها المذكرات الإيضاحية في شرح المادة الثانية من القانون.**(2)**

وهذا شرح موجز لهذه القواعد وفقا للمصادر التي أحالت المذكرات الإيضاحية التفسير إليها

**المادة 220:**

1. العادة محكمة عامة كانت، أو خاصة
2. وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر
3. تترك الحقيقة بدلالة العادة

تفسير الفقرة**220/1 :** العادة محكمة عامة كانت أو خاصة

يعني أن العادة عامة كانت، أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه. ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع؛ لأنها دليل يبنى عليه الحكم .**(2)**

:

وأصل هذه المادة موجودة عند ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر،وردها إلى أبي طاهر الدباس الذي جمع سبع عشرة قاعدة من فقه الإمام أبي حنيفة **(3)** ثم تناقلها الفقهاء في كتبهم ،واعتمدتها مجلة الأحكام العدلية ضمن موادها ،وأدرجت كنص في القانون المدني

شرح فقرة 220/2

---

**1. حيدر ،علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج45/1**

**2- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين 36/1**

**2. ابن نجيم ،زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ( ت970هـ) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، م1،وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999م ، ج14/1**

2 – وتعتبر العادة إذا اطردت، او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر

وهذه القاعة تعتبر قيدا للقاعدة العادة محكمة ومتضمنة شروط اعتبارها .

فالعادة المعتبرة التي تبنى عليها الأحكام إنما هي المطردة أو الغالبة، والشيوع في الأكثر ؛ إذ لا عبرة للأقل، والعادة المعتبرة تنزل منزلة الشرط، وقد يعبر عن الاطراد بالشيوع بين الناس، ولو بالأغلبية، ولا يضر انخراقها أحيانا**(1)**،ولا تراعى العادة النادرة ،إلا في حالات نادرة.

والشائع هو الأمر الذي يصبح معلوما للناس منتشراّ بينهم

وقد ذكر الفقهاء بعض الأسباب والتطبيقات على استثناءات هذه القاعدة

1– يقدم النادر على الغالب لأمر يقتضي ذلك، للتيسير على العباد، أو التخفيف عليهم، ودفعا للمشقة ، أو إبقاءً لمصالحهم وحفاظاً على حقوقهم، أو صوناً لكرامتهم وحفظاً لأنسابهم، أو لدفع الرعب عن نفوسهم، أو أخذا باليقين ،واعتبار الأمر الطارئ .

مثاله– إذا أقام رجل صالح دعوى على رجل فاجر، فإن القاضي يطالب المعروف بالصلاح بالبينة، ويكتفي من الفاجر باليمين، مع أن الغالب صدق الصالح، وكذب الفاجر.

2– أهمل الغالب والنادر معا، فلم يؤخذ بهما في كثير من مسائل الشهادة والرواية، ومنها شهادة الصبيان في الأموال." **(2)**

يقول الشيخ أحمد الزرقا :

"جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه، لغلبة العقوق وأكل الحقوق ".**(3)**

3– –تترك الحقيقة بدلالة العادة

شرح القاعدة :

:

**1 – الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ( ت: 790هـ)،الموافقات ،1997م ، 495/2**

**والزحيلي ، محمد مصطفى ،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دار الفكر – دمشق ، 1427 هـ 2006 م 323/1 ، ومجلة الأحكام (مادة 42 ) و فتح القدير ،4 /119**

**2- القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ، (ت: 684هـ) الفروق ، أنوار البروق في أنواء الفروق ،106/1**

**3- الزرقا ، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، [1285هـ - 1357هـ] ، شرح القواعد الفقهية ، 1409**

**صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا ،الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا ص235**

" تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفا ، لأن الكلام موضوع للإفهام ، فإذا تعارف الناس استعماله لشيء يكون إطلاق اللفظ على ما تعرف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الأصلي في نظرهم مجازا، فالنقود عند الإطلاق تتناول نقد البلد لوجود العرف الظاهر في التعامل به ولا يتناول غيره إلا بقرينة لترك التعامل به ظاهرا في ذلك الموضع وإن لم يكن بين النوعين فرق فيما وضع الاسم له حقيقة ". **(1)**

**المادة 223 : وتفسيرها**

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

الممتنع حقيقة: هو الذي لا يمكن وقوعه، كاجتماع النقيضين، فهذا لا يقبل الادعاء به، ولا تسمع الدعوى فيه .وما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى ، فإذا ادعى من عرف بالفقر على من عرف بالغنى بأنه استدان منه مبلغا لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع فيه الدعوى **(1)**

**المادة 224 : وتفسيرها**

المعروف عرفا كالمشروط شرطا :

ووردت هذه القاعدة في بعض كتب الحنفية **(2)** بلفظ المعروف عرفا كالمشروط نصا والعرف قاضٍ والمعروف عرفا كالمشروط شرعاً .

وأرى أن عبارة المشروط شرعاً أقوى من المشروط شرطاً ؛ لأن قوته مستمدة من الشرع ، أما المشروط شرطاً فيتردد احتماله بين الشرع وشروط الناس فيما بينهم ،وبما أن هذه القاعدة الفقهية أدرجت كمادة في القانون فالأنسب أن تكون صيغتها "المعروف عرفا كالمشروط قانوناً"

والهدف من هذه القاعدة بيان قوة العرف بأنه يساوي الشرط في قوته، فيحل محله إذا كان العقد مطلقاً .

:

وعقد ابن نجيم مبحثاً في العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط ، ثم ذكر خلاف السادة الحنفية في هذا فقال :

" لو دفع ثوبا إلى خياط؛ ليخيطه له أو إلى صباغ؛ ليصبغه له ولم يعين له أجرة، ثم اختلفا في الأجر وعدمه وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة؛ فهل ينزل منزلة الشرط ؟

قال الإمام الأعظم: لا أجرة له." (3)

---

**1. السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ) أصول السرخسي ، دار المعرفة - بيروت ج190/1 ،والبزدوي ،كشف الأسرار ،94/2 ، وابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،79/1**

**2. حيدر ،علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج51/1**

**3. ابن نجيم ، الأشباه والنظائر 184، ابن عابدين ، رد المحتار 556/4 ، البناية شرح الهداية ،478/13**

وقال أبو يوسف :إن كان الصابغ حريفا له أي معاملا له فله الأجر، وإلا فلا.

وقال محمد : إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالأجر، وقيام حاله بها كان القول قوله، وإلا فلا اعتبار للظاهر المعتاد.قال ابن نجيم : ولذا قالوا: المعروف كالمشروط، فعلى المفتى به صارت عادته كالمشروط صريحا."(1)

**المادة 225:وتفسيرها**

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

هذه القاعدة في معنى القاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا " (2)

ولا تفترق عنها إلا أن تلك القاعدة في مطلق العرف، وهذه خاصة في عرف التجار

لو باع التاجر شيئا، وقد جرى العرف على أن يكون بعض الثمن حالا، أو على أن دفع كل الثمن يكون مقسطا على أقساط معلومة، يكون ذلك العرف مرعيا بمنزلة الشرط الصريح، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه.(3)

**المادة 226 :وتفسيرها**

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

أنَّ ما لم يرد تعيينه بنص القانون، أو العقد وكان فيه عرف، فكأنه نُص على تعيينه.

مثاله :لو استأجر دارا بلا بيان من يسكن، أو بلا بيان ما يعمل فيه، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، غير أنه لا يسكن ولا يسكن حدادا ، ولا قصارا، ولا طحانا، من غير إذن المؤجر (4)

مناقشة حول صياغة هذه القاعدة .

هذه القاعدة انفردت بها مجلة الأحكام العدلية وشرحها في درر الحكام ، من حيث الصياغة اللفظية ولم تذكر القاعدة بهذه الصيغة في أي من كتب الحنفية إلا عند السرخسي ،(5)والحنفية يستخدمون

:

القواعد " الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص" ، "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي" "مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف" ، " والثابت بالعرف كالثابت بالشرط" **(6)**

---

**1- ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،84/1 و 85**

**2- .مجلة الأحكام العدلية ،لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ،المحقق، نجيب هواويني الناشر: نور محمد، كار خانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي 21/1 وحيدر ،درر الحكام،51/1**

**3- الزرقا ،أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [1285هـ - 1357هـ] شرح القواعد الفقهية ، صححه وعلق عليه ، مصطفى أحمد الزرقا ، ط2، 1409هـ الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا ج ، 239**

**4- المرجع السابق، ج 1، 241/1**

**5- السرخسي ، المبسوط ، 152/1**

**6- ابن نجيم ،البحر الرائق 150/7 و وابن عابدين ،حاشية ابن عابين 289/7 و ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،84/1_85**

وقد ذكر الشيخ علي حيدر بعض التطبيقات على هذه القاعدة التي لا تتوافق نسبياً مع مدلول صياغتها اللفظية، لأن معناها الظاهر هو أن التعيين يكون بين طرفي العقد أما بالنص أو بالعرف وكلاهما يقطع النزاع ،فإذا قال العاقدان العرف بيننا، أو حسب العادة ،أصبحا متفقين على تحكيم العرف ،إلا أن بعض الأمثلة التي ذكرها الشيخ علي حيدر تناولت في ذلك العقد المطلق وأين الإطلاق ما دام هناك تعيين بالعرف، ولننظر إلى ما يقوله رحمه الله في درر الحكام في شرح هذه المادة :

المادة (45/ درر الحكام) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

"يتفرع من هذه المادة فروع منها الوكالة والإعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعادة.

الوكيل ببيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بأن لا يكون تصرفه مضرا بالموكل، فلو وكل شخص آخر ببيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بثمن معجل ، أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار، ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد، كذا لو وكله في بيع شيء، لا يحق له أن يبيع بعضه إن كان في تبعيضه ضرر عادة "(1)

وأعيد السؤال بصيغة أخرى ،ما وجه تخريج هذا الفرع على قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص؟

فالتعيين بالعرف لا يكون إلا من إحدى جهتين أما تشريعية وإما طرفي العقد ،والتعيين يعني التقييد لا الإطلاق كما خرجه الشيخ حيدر ببيع الوكيل بثمن معجل أو مؤجل في الوكالة المطلقة ،فيظهر التباعد بين هذا الفرع وأصل القاعدة .

:

ومن الجدر بالذكر أن الشيخ أحمد الزرقا نهج منهج الشيخ علي حيدر في التطبيق على القاعدة **(2)**

وتبعه بذلك الدكتور محمد الزحيلي ونقل بعض التطبيقات عن الشيخ الزرقا **(3)**

ومن ناحية أخرى بما أن المشرع الأردني أدرج هذه القاعدة كمادة في القانون فالأنسب أن يضاف قيد "كالتعيين بنص القانون أو نص العقد" وذلك احترازاً من الخلط بين نصوص الشريعة الإسلامية ونصوص القانون لأن هذه القاعدة أخذت من الفقه الإسلامي

---

**1- حيدر ، درر الحكام 51/1**

**2- الزرقا ،احمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية،241/1**

**3- الزحيلي ،محمد مصطفى ،القواعد الفقهية وتطبيقاها في المذاهب الاربعة 350/1**

## المبحث الخامس :القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي

### 1- العادة محكمة.

أصل هذه القاعدة عند أبي طاهر الدباس، كما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ت911 هـ) وعند ابن نجيم (ت 970هـ) في كتابه الأشباه والنظائر **(1)** ثم تناقلها الفقهاء في كتبهم وسبق شرحها في المبحث السابق ، وهي مشتركة بين الفقه والقانون

### 2- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

هذه القاعدة ، انفردت بها مجلة الأحكام العدلية مادة (37) بهذه الصيغة ،وذكرها الفقهاء بهذا المعني كاستعمال الناس اللفظ المجازي في معنى معين فينصرف عن معناه الحقيقي (2) ويشمل ذلك عادة الاستعمال القولي أو العملي ما لم يخالف الشرع

### 3- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

وهذه القاعدة ذكرها الزيلعي في تبيين الحقائق ،وابن عادين في الحاشية(3)وهي مشتركة بين الفقه والقانون ، وسبق شرحها

### 4- الحقيقة تترك بدلالة العادة.

القاعدة في أصول السرخسي:تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفاّ (4) وبهذه الصيغة في فتح القدير (5) والبحر الرائق(6) وفي حاشية ابن عابدين (7)

وعند البزدوي : "الحقيقة تترك بالتعارف "(5) وفي التقرير والتحبير " الحقيقة تترك بنية غيرها أو بالعرف " (6) وفي الأشباه والنظائر / ابن نجيم "تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة "(8).

:

وقد سبق شرح القاعدة في المبحث السابق ، وهي مشتركة بين الفقه والقانون

---

**1- السيوطي ،الأشباه والنظائر ،7/1 ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ج14/1**

**2- ابن مازة ، المحيط البرهاني ، 247/3 ، السرخسي ، المبسوط ،238/7**

**3- الزيلعي ، تبيين الحقائق 5/ 10 ، ابن عابدين في الحاشية ،129/8**

**4- السرخسي ، أصول السرخسي ،190/1**

**5-ابن الهمام ، فتح القدير ،314/3**

**6-ابن نجيم ،البحر الرائق ،348/4**

**7- ابن عابدين ، رد المحتار ،772/3**

**8- البزدوي ،كشف الأسرار ،94/2**

**9- ابن أمير الحاج ،التقرير والتحبير،38/2 ، البزدوي ، كشف الأسرار ،94/2**

**10- ابن نجيم ،الأشباه والنظائر،79/1**

**5 - العبرة للغالب الشائع لا للنادر.**

القاعدة في كتب الحنفية **(1)** العبرة للغالب ،وعبارة الشائع النادر مصاغة فقط في مجلة الأحكام العدلية ،وصياغة المجلة فيها تكرار لفظي بين الغالب والشائع ،وذلك لأن الغالب هو الشائع في سياق هذه القاعدة . وقد استقرأ محمد الزحيلي من كتب الفقهاء بعض المعاني ذات صلة بالقاعدة السابقة منها : للأكثر حكم الكل. الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر،الأقل يتبع الأكثر.،الحكم للأغلب، إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب.**(2)**

**6- المعروف عرفا كالمشروط شرطا** .(3)

ووردت هذه القاعدة في بعض كتب الحنفية بلفظ المعروف عرفا كالمشروط نصا والعرف قاضٍ والمعروف عرفا كالمشروط شرعاً ، وسبق شرحها في المبحث السابق

**7- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.**

القاعدة بهذه الصياغة انفردت بها مجلة الأحكام العدلية (المادة 44 ) وفي رسائل ابن عابدين (المتعارف بين التجار كالمشروط بينهم) **(4 )** وهي مشتركة بين الفقه والقانون ،وسبق شرحها

**8- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.**

هذه القاعدة انفرد بها السرخسي في المبسوط **(5)** وأدرجتها مجلة الأحكام العدلية (مادة/45) واخذ بها القانون المدني الأردني(226) كمادة من مواده ،وسبق شرحها

**9- كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه**

:

هذه القاعدة ذكرها القرافي في الفروق ،وابن فرحون في تبصرة الحكام **(6)** حول أثر العرف الخاص في الأحكام ،وإثبات الرجوع إليه في ذلك .

**10 -ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف (7)**

القاعدة عامة عند الفقهاء في الرجوع للعرف ،فيما لا حد له في الشرع أو اللغة (كالقبض والحرز)

---

**1- ابن مازة ، المحيط البرهاني ،220/1، الزيلعي ، تبيين الحقائق ،32/6 ، ابن نجيم ،البحر الرائق 396/4،ابن عابدين، رد المحتار 839/3 والكاساني ،بدائع الصنائع ،71/1 و ابن الهمام ،فتح القدير، 119/4**

**2- الزحيلي ،محمد ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 325/1**

**3- ابن نجيم ، الأشباه والنظائر 18، ابن عابدين ، رد المحتار 556/4 والغيتابي ،البناية شرح الهداية 478/13**

**4-ابن عابدين ، رسائل ابن عادين ،124/2**

**5- السرخسي ، المبسوط ،1524/1**

**6- القرافي ، الفروق ،76/1 ، ابن فرحون ،تبصرة الحكام 2،73/**

**7- القرافي ،الفروق ،190/1 ،ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام احمد، 33/2 ،ابن قدامة ، المغني ،4/2،البهوتي وكشاف القناع، 19/6، السيوطي ،ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، 1/ 98 ، السبكي، الأشباه والنظائر، 51/1**

**11- العقد العرفي كالعقد اللفظي .**

هذه القاعدة انفرد بها ابن تيمية في مجموع الفتاوى وفرع عليها المسألة التالية بقوله :

" فإن الهدية إذا كانت لأجل سبب من الأسباب كانت مقبوضة بحكم ذلك السبب كسائر المقبوض به؛ فإن العقد العرفي كالعقد اللفظي. ومن أهدي له لأجل قرض ، أو إقراض كانت الهدية كالمال المقبوض بعقد القرض . وهذا أصل عظيم يدخل بسبب إهماله من الظلم والفساد شيء عظيم." **(1)**

**12- العقود المطلقة منزلة على حكم العادة المقترنة بها**

هذه القاعدة انفرد بها الجويني وذكرها في باب بيع الثمار على الشجر فقال :

" من باع ثمرة على الشجرة، لم تخل الثمرة إما أن تكون مزهية بدا الصلاح فيها، وإما ألا تكون كذلك، فإن لم تكن مزهية، فلا يجوز بيعها بشرط التبقية، ولو بيعت مطلقة، فالبيع في الإطلاق محمول عند الشافعي على شرط التبقية، وعقد المذهب أن العادة جارية بتبقية الثمار، والعقود المطلقة منزلة على حكم العادة المقترنة بها، ومقتضى العادة المطردة إذا اقترن بالعقد نزل منزلة الشرط المصرح به **(2)**

**13- مطلق العقد يحمل على المتعارف.**

وعند السرخسي مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف

هذه القاعدة موجودة لدى الشافعية بهذه الصياغة . وضربوا مثلاً على ذلك في باب رهن الأطعمة والفواكه ، يقول النووي في المجموع :

:

"ما يسرع إليه الفساد، أي: كالأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن تجفيفها، لا يصح رهنه بدين مؤجل، أي : بوقت يفسد قبل مجيئه من غير شرط بيعه عند خوف الفساد، في أصح القولين؛ لأنه لا يمكن إجبار الراهن على إزالة ملكه قبل حلول الدين؛ لكونه خلاف مقتضى العقد، وإذا كان كذلك تعذر استيفاء الحق من ثمنه؛ فلا يصح رهنه . قال: ويصح في الآخر أي: ويجبر على بيعه عند خوف الفساد، ويكون ثمنه رهناً؛ لأن **العقد المطلق يحمل على المتعارف،** والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده، فيصير كما لو شرط ذلك "(3)

**14- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف (4)**

---

**1- ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ،109/30**

**2- الجويني نهاية المطلب ، 142/5**

**3- تكملة ألمطيعي ،المجموع ،199/13، الشربيني ، مغني المحتاج ،84/6 ، الانصاري زكريا ، أسنى المطالب 223/4 ،الرملي ، النجم الوهاج 30/4 ،السرخسي ، المبسوط ، ج115/11**

**4- السرخسي ، المبسوط 145/11 ، وابن مفلح ، المبدع 330/4 ، والمرغيناني ،البناية شرح الهداية ،10 /309 ،والزيلعي ، تبيين الحقائق ،133/5**

وفي البناية شرح الهداية :إلى المعتاد

ومن الأمثلة على ذلك مطلق الإذن في طريقة استعمال المأجور وتأجيره حيث ذكر ذلك ابن عابدين عن الهداية بقوله :

"لو استعار دابة، ولم يسم شيئا، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره (قوله يحمل ما شاء) أي من أي نوع كان لا الحمل فوق طاقتها كما لو سلك طريقا لا يسلكه الناس في حاجة إلى ذلك المكان ضمن؛ إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف، وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها" **(1)**

15**- مطلق اللفظ في الإقرار ينصرف إلى المعتاد** .

هذه القاعدة ذكرها السرخسي في المبسوط وقال في شرحها :

"من أقر لآخر بكرم في أرضه كان له الكرم بأرضه كلها؛ لأن اسم الكرم يجمع الشجر والأرض عادة ومطلق اللفظ في الإقرار ينصرف إلى المعتاد وما ثبت بدلالة النص عادة فهو كالمنصوص عليه." (2)

**16- إذا لم يتعلق بالشرع حكم، فيقدم عليه عرف الاستعمال**

هذه القاعدة ذكرها السيوطي في الاستدلال بالعرف إذا لم يتعلق بالشرع حكم ، فقال :

"لو حلف لا يأكل لحما ؛ لم يحنث بالسمك، وإن سماه الله لحما، أو لا يجلس على بساط ،أو تحت سقف ، أو في ضوء سراج، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا، ولا تحت السماء، وإن سماها الله سقفا، ولا في الشمس، وإن سماها الله سراجا، أو لا يضع رأسه على وتد، لم

:

يحنث بوضعها على جبل، أو لا يأكل ميتة أو دما، لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال، فقدم العرف في جميع ذلك ؛ لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف ." **(3)**

**17- يعمل بالعرف في إزالة الإبهام لا في تغيير مقتضى الصرائح .**

هذه القاعدة ذكرها ابن حجر في كتابه الفتاوى الفقهية الكبرى بقوله :

" لو عم في ناحية استعمال الطلاق في إرادة الخلاص والانطلاق ثم أراد الزوج حمل الطلاق في مخاطبته زوجته على معنى التخليص وحل الوثاق لم يقبل ذلك منه والعرف إنما يعمل في إزالة الإبهام لا في تغيير مقتضى الصرائح ."**(4)**

---

**1- المرغيناني ،الهداية ،220/3 ،وابن الهمام ، فتح القدير ،13/9، و ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين ،680/5**

**2- السرخسي ،المبسوط 99/19**

**3- السيوطي ، الأشباه والنظائر 93/1**

**4 - نظام الدين ، الفتاوى الفقهية الكبرى 245/3**

**17- ما كان له عرف قام مقام الوصف**

هذه القاعدة نقلها ابن الحاجب عن الباجي فيما يجيب على العامل في المساقاة إن كان عرف منضبط فيرجع إليه وإلا وجب البيان فقال :" وما لم يكن له عرف فلابد من وصفه من الجذاذ والسقي والحرث وباقي العمل ، وهو القيام بما تفتقر إليه الثمرة من السقي والآبار والتنقية والجذاذ وإقامة الأدوات من الدلاء والمساحي والأجراء والغلمان والدواب ونفقتهم". **(1)**

**18- لا يشترط تفصيل ما يلزم العامل من عمله، بل يحمل المطلق في كل مكان على عرفه الغالب .**

هذه القاعدة ذكرها النجدي في حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع قي بيان ما يجب على العامل في المساقاة، نقلاً عن كتاب الرعاية في الفقه (2)وسيأتي تفصيل ذلك

**19- الرجوع إلى العرف في قدر الثمن كالرجوع في وصفه.**

وهذه القاعد ة ذكرها ابن تيمية في المحرر في الاستدلال بالبيع بسعر السوق ، فقال :

"بيع الشيء بالسعر، أو بالقيمة أن يكون عرف عام ،أو خاص ،أو قرينة تقتضي البيع بالسعر وهما عالمان فهذا قياس ظاهر المذهب صحته هنا كبيع المعاطاة مثل أن يقول زن لي من الخبز أو اللحم ، أو الفاكهة ، كذا وكذا وعرف هذا البائع أنه يبيع الناس كلهم بثمن واحد وكذا عرف أهل البلد فإن الرجوع إلى العرف في قدر الثمن كالرجوع في وصفه" . **(3)**

:

وسيأتي الإشارة إلى هذه القاعدة ضمن شرح المادة (478) مدني أردني والتي تنص على الرجوع للعرف في البيع بسعر السوق

**1-الجندي ، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ،108/7**

**2- النجدي ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع ،ط1 ،1397هـ، بدون ناشر : ج284/5**

**3- ابن تيمية ،المحرر في الفقه ، 300/1**

# الفصل الثاني

# الأحكام المتعلقة بتغير العرف وتعارضه مع النص في القانون المدني الأردني

**المبحث الأول : تغير الأحكام وتغير العرف في القانون المدني الأردن**

**المبحث الثاني : :تعارض العرف مع نصوص القانون المدني الأردني**

**المبحث الثالث : القانون الأردني يقدم العرف على النص في بعض مواده**

**المبحث الربع : حكم الاتفاق على مخالفة العرف بين المتعاقدين0**

:

## **المبحث الأول** : **تغير الأحكام وتغير العرف في القانون المدني الأردني**

### **المطلب الأول** : **حاجة الناس إلى تغير الأحكام بشكل عام**

إن كثيراً من طلبة العلم عندما يسمع أو يقرأ عن تغير الأحكام يستنكر ذلك وكأنما هناك خروجاً بأحكام البشر على أحكام السماء ومحاولة تغيير الخريطة الدينية التي رسمها الشارع الحكيم لتنظم أحوال الناس في كل زمان ومكان ،وكأن الشريعة قصرت في وقت ما أو زمان ما عن إعطاء حكمٍ يناسب تطور النظام البشري وما يصاحب ذلك من اختلاف نظر بين الماضي والحاضر. ولا يصح من حيث المبدأ أن ينكر على أحد غيرته على دين الله وصون شريعته من أن تمس او يتلاعب بها، ولكن الغيرة على أحكام الدين يجب ان تكون نابعة من علم ودراية لا عن جهل وميل مع الهوى وتشهي للمخالفة ، ومن يظن أن شريعة الله يمكن أن يدخلها التغيير أو التبديل فقد خالف قوله تعالى( إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ) **سورة الحجر أية (9)** .ومن وجه آخر فلا يستقيم الفهم بأن تغير الأحكام يكون دائماً من الأشد إلى الأخف ،بل قد يقتضي الأمر تشديد الحكم من صاحب الاختصاص لما يرى من التهاون في الحقوق أو الاحتيال على بعض أحكام الشرع ، "فقد أنفذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلاق الثلاث مع أنه كان واحدة على زمن النبي عليه الصلاة والسلام ،وفي خلافة أبي بكر وسنتين من خلافته ".**(1)**

:

وحرم بعض العلماء بيع العنب لمن يصنع الخمر مع أن البيع مكتمل الشروط والأركان
ومن المعلوم أن حاجات الناس تتغير وتتبدل مع مرور الزمن وتطوره، والعرف والعادة ينشآن مع حاجات الناس إلى الأنظمة والقوانين التي تنظم حياتهم ،فينتج عن ذلك تغير العادة والعرف مجاراة لحاجات الناس ومعاملاتهم ،وعندما يقر القانون بالرجوع إلى العرف بمنطوق النص فيعني ذلك أنه يقر بمفهومه على تغير الحكم المبني عن العرف، ومن وجه آخر إذا أثبتنا أن العرف متغير فسنصل إلى أن القانون نص على دوران الحكم المبني على العرف معه وجودا وعدما ،ولا نزاع في تغير أعراف الناس وعاداتهم.

والناظر إلى القوانين عبر التاريخ يلاحظ مدى التغير الذي يطرأ عليها بين فترة وأخرى عن طريق الإلغاء والتعديل ، وما ذلك إلا تماشياً مع حاجات المجتمع وتطوره. ويقابل ذلك في الشريعة الإسلامية التدرج التشريعي ونسخ بعض الأحكام أو النصوص في عصر النبوة ،وتغير الأحكام الاجتهادية المبنية على النصوص ظنية الدلالة ، أو الواقعة التي لم يرد فيها نص وكذلك تغير العرف والعادة ما لم يصادم النصوص الشرعية .ونظراً لدقة وحساسية العبارات التي

**(1) ابن القيم ،اعلام الموقعين ،31/3**

ذكرها كبار الفقهاء من السلف وصفوة هذه الأمة بخصوص تغير الأحكام وتدرجها فإنني سأسوقها كما وردت دون تصرف ،لأنها أكبر من أن يتبناها باحث في هذا العصر درءاً للتهمة وكثرة الخلاف المبني على الأمور السياسية والطائفية التي مزقت الأمة .

يقول الشاطبي في الموافقات :

(وقد وضعت العمليات (الأحكام)على وجه لا تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها أو إلى تعطيل عاداته التي يقوم بها صلاح دنياه ، وذلك أن الأمي الذي لم يزاول شيئا من الأمور الشرعية ولا العقلية وربما اشمأز قلبه عما يخرجه عن معتاده بخلاف من كان له بذلك عهد ومن هنا كان نزول القرآن نجوما في عشرين سنة ووردت الأحكام التكليفية فيها شيئا فشيئا ولم تنزل دفعة واحدة وذلك لئلا تنفر عنها النفوس دفعة واحدة **(1)**

وتأسيساً على هذا يستنتج بعض ما يصلح أن يحمل عليه تغير الأحكام وتدرجها كما يلي

1- إن تشريع الأحكام فيه مراعاة لظروف الناس وأحوالهم وعاداتهم ،والنظر إلى علومهم وتفهمهم للخطاب الشرعي

2- إن الأحكام وضعت على وجه لا تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها أو إلى تعطيل عاداته التي يقوم بها

:

3- وردت الأحكام التكليفية شيئا فشيئا ولم تنزل دفعة واحدة وذلك لئلا تنفر عنها النفوس دفعة واحدة .فإذا كان الله تعالى قد راعى في تشريعه شؤون البشر فمن باب أولى أن يكون ذلك في أنظمة البشر وتعاليمهم

4- فمن هنا كان نزول القرآن نجوما في عشرين سنة ، مراعاة لطبائع الناس ، وأحوالهم ،وعدم تعطيل عاداتهم

5- فإذا كان الخالق سبحانه لم ينزل الأحكام دفعة واحدة شفقة بأحوال المكلفين ومراعاة لعاداتهم كما يقول الشاطبي ،فلماذا ينكر على من يقول أو يتبنى قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بغير الأزمان

ويقول القرافي في كتابه الفروق في وصف المقلدين الذين لا يراعون تغير أحوال الناس ويفتونهم فقط بما في كتب المذهب :والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .(2) ويقول أيضاً :فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طوال عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك

---

**1)الشا طبي ، إبراهيم ابن موسى اللخمي الغرناطي ،الموافقات ،دار المعرفة ، بيروت ،2/ 148**

**2) القرافي ، الفروق 177/1**

يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح .**(1)**

ونقل ابن القيم العبارات السابقة نصاً في إعلام الموقعين وعقب عليها بقوله :

"وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان".**(2)**

وينكر القرافي بأشد العبارات( في كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام) رداً على من يقولون إنما نحن مقلدون وما لنا من إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين حيث يعتبر الجمود على الأحكام المبنية على الأعراف والعادات مع تغيرها بتغير الأزمنة والأمكنة خلاف الإجماع وجهالة في الدين، فالأحكام المبنية على العرف تتجدد وتدور معه وجوداً وعدماً .**(3)**

:

ويضيف أيضاً :إن جميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب ، وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادعى شيئا؛ لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه.**(4)**

ويضع القرافي قانوناً ينظم تغير الفتوى في المعاملات حسب تغير العادة ،ويذكر من التفريعات في الأحكام المنية على تغير العرف والعادة ،النقود في المعاملات والعيوب في السلع والبيوع، فلو تغيرت العادة في الصكوك النقدية لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على النقود التي تجددت العادة بها دون ما قبلها وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في عادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن لم ترد به وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا (5)

---

**1) القرافي ،المرجع السابق 176/1**

**2)ابن القيم ،إعلام الموقعين3 / 66 ، القرافي الفروق 176/1 -177**

**3) أنظر ،القرافي ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 218 و219**

**4)القرافي ، المرجع السابق ص 219**

**5) أنظر القرافي ، الفروق 176/1**

وقد عقد ابن القيم فصلاً عنونه بتغير الفتوى واختلافها بحسب الأمكنة والأحوال والعوائد ،وفرع عليه أن الشريعة مبنية على مصالح العباد فقال :

[تغيير الفتوى واختلافها]

[الشريعة مبنية على مصالح العباد]

"إن تغيير الفتوى بحسب الأمكنة والأحوال والنيات والعوائد معنى عظيم النفع جدًا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة ما يعلم أن الشريعة لا يعقل أن تأتي به فإن الشريعة مبناها وأساسها على الْحِكَمِ ومصالح العباد في المعاش والمعاد،"**(1)**

ثم ضرب ابن القيم رحمه الله بعض الأمثلة على تغير الحكم بحسب الظروف والأحوال ،واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام :

(عن بسر بن أرطأة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا تقطع الأيدي في الغزو»**(2)** فهذا حد من حدود الله تعالى، وقد نهى عن إقامته في الغزو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبا كما قاله عمر وأبو الدرداء وحذيفة وغيرهم، وقد نص أحمد وإسحاق بن راهويه والأوزاعي وغيرهم من علماء

:

الإسلام على أن الحدود لا تقام في أرض العدو) **(3)** . والجدير بالذكر أن قطع يد السارق فيه نص قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

ومثال آخر في مسألة الطلاق بلفظ الثلاث (كأن يقول زوجته طالق ثلاثا)

"أن المطلق في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - وزمن خليفته أبي بكر وصدرا من خلافة عمر كان إذا جمع الطلقات الثلاث بفم واحد جعلت واحدة، كما ثبت ذلك في الصحيح عن ابن عباس: "كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم "**(4)**

ولننظر إلى دوران الحكم ثلاث مرات بحسب أحوال الناس ، الأولى - وقوع الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة فقط على زمن الرسول عليه الصلاة والسلام ، والثانية- وقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ الثلاث

---

**(1) ابن القيم ،إعلام الموقعين :11/3**

**(2) رواه الترمذي ، (باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو ،ج53/4) (وقال الألباني صحيح ،مشكاة المصابيح ،1068/2)**

**(3)ابن القيم ،إعلام الموقعين 13/3**

**(4) صحيح مسلم ، باب طلاق الثلاث،ج1099/2**

في خلافة عمر ، والثالثة لا يقع الطلاق بلفظ الثلاث عند ابن تيمية وابن القيم إلا طلقة واحدة ،وإليك تعليل ذلك عند ابن القيم حيث يقول :

" والحق موافقة جميع النصوص، وأن لا يترك منها شيء، وتأمل كيف كان الأمر على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعهد أبي بكر الصديق من كون الثلاث واحدة والتحليل ممنوع منه، ثم صار في بقية خلافة عمر الثلاث ثلاث والتحليل ممنوع منه، وعمر من أشد الصحابة فيه، وكلهم على مثل قوله فيه، ثم صار في هذه الأزمنة التحليل كثيرا مشهورا والثلاث ثلاثا.

وعلى هذا فيمتنع في هذه الأزمنة معاقبة الناس بما عاقبهم به عمر من وجهين:

أحدهما: أن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام، لا سيما وكثير من الفقهاء لا يرى تحريمه، فكيف يعاقب من لم يرتكب محرما عند نفسه؟

الثاني: أن عقوبتهم بذلك تفتح عليهم باب التحليل الذي كان مسدودا على عهد الصحابة، والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه كان تركها أحب إلى الله ورسوله .

ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة ومعاذ الله لكان المنع منه إذا وصل إلى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه من باب سد الذرائع، وتعين على المفتين والقضاة المنع منه جملة، وإن فرض أن بعض أفراده جائز؛ إذ لا يستريب أحد في أن الرجوع إلى ما كان عليه الصحابة في عهد النبي - صلى الله

:

عليه وسلم - وأبي بكر الصديق وصدر من خلافة عمر أولى من الرجوع إلى التحليل، والله الموفق **(1).**"

**مناقشة تعليل ابن القيم في عدم وقوع طلاق الثلاث**

ويجاب عما قاله ابن القيم رحمه الله في الوجهين السابقين ،مع موافقته إجمالاً على تعليل عدم وقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد

الأول- قوله إن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام :

يجاب عن ذلك :بأن الجهل بالأحكام ليس عذراً في ديار الإسلام ، وهل الحجة بعدم علم الحكم ترفع محاسبة المكلف ،ولا يترتب عليه أثر فعله ؟

وكذلك قوله فكيف يعاقب من لم يرتكب محرماً عند نفسه، يجاب عن ذلك بأن مصادر التحريم والتحليل معروفة وهي النصوص الشرعية وليس ذات المكلف ،إذ لا يرجع المكلف إلى نفسه في التحليل والتحريم ، بل يرجع إلى مصادر التشريع الإسلامي

---

**1- ابن القيم ،إعلام الموقعين 45/3**

الثاني - إن توسيع قاعدة سد الذرائع في تطبيق الأحكام الشرعية (كعدم إيقاع الطلاق سداً لذريعة التحليل)، قد يؤدي إلى فتح ذرائع أخرى تخالف مقاصد الشريعة ،وقد يودي ذلك إلى تعطيل بعض أحكام الشريعة ،وفتح باب الاجتهاد في تعليل الأحكام القطعية ،كأن نقول إن قطع يد السارق أو جلد الزاني أمام طائفة من الناس في هذه الأيام يؤدي إلى تشويه صورة الإسلام أمام العالم المعاصر، ويظهر صورة الإرهاب في تطبيق العقوبات ،وبالتالي يلزم منعها نظرياً ، زيادة على أنها موقوفة فعلياً ..الخ من هذا النقاش الذي يطول الخوض في الرد عليه ،وهو بجوار بحثنا وليس جزءاً منه .

:

**المطلب الثاني : أسباب تغير الأحكام المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي**

الأسباب التي تستوجب تغيّر الأحكام خاضعة في الأصل للحيثيات التي تتضمنها العلل الشرعيّة إذ أن كثير من الأحكام مبني على مناطات متغيّرة بحسب العوارض، فالأحكام التي يطرأ عليها التغيّر هي تلك التي بنيت على أمارات مؤثرة غير ثابتة ولا مطردة في محالها بناءً على أن ما قد يتحقق مناطه في محل قد يتخلف في محلٍ آخر. **(1)**

وبالنظر في آراء الفقهاء والمفكرين والمجتهدين فإنه من الممكن استخلاص المسوغات التالية لتغير بعض الأحكام القابلة للتغير بتغير الأزمان

1- تطور نظام الاقتصاد والمعرفة والاتصال الذي ينعكس على المعاملات المالية وغيرها بين الناس

2- مقتضيات السياسة الشرعية

3- تحقيق مصالح الناس وأحوالهم وعاداتهم ،فالشرع أطلق الحرز ولم تضبطه اللغة فيرجع فيه إلى العرف، وهو مختلف باختلاف الأحوال والأوقات والأموال **(2)**

4- فساد بعض الذمم وظهور المفاهيم الخاطئة

قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور) (3)

قال الشاطبي :

:

" فأجاز(أي عمر بن عبد العزيز) إحداث الأقضية واختراعها على قدر اختراع الفجار للفجور، وإن لم يكن لتلك المحدثات أصل. ،ومن ذلك تضمين الصناع " .**(4)**

---

**1- السنوسي ،عبدالرحمن بن معمر،اعتبارات المآلات، ،دار ابن الجوزي :ط1 ،الدمام -السعودية1424ه ص415**

**2- الرملي ،نهاية المحتاج 448/7، ابن قدامة ،المغني 225/1 و481/3**

**3- الشاطبي ،الاعتصام 310/1**

**4- المرجع السابق ، 310/1**

ونقل ،شمس الدين الغرناطي صاحب كتاب بدائع السلك عن القرافي قوله :

"إن الفساد المنتشر بعد العصر الأول موجب لاختلاف الحكم لكن بحيث لا يخرج عن الشرع بالكلية دفعا للضرر والفساد ". وزاد على مقولة عمر بن عبد العزيز: وإحداث أحكام بقدر ما يحدثون من السيئات والمعاملات والاحتياطات **(1)**

5- زوال العلة التي بني عليها الحكم ،كادخار لحوم الأضاحي

فمن المعلوم أصولياً أن الأحكام المعللة تدور مع عللها وجوداً وعدماً فإذا ارتفعت العلة ارتفع الحكم وهذا نص الحديث حول المنع من ادخار لحوم الأضاحي ،ثم زوال المنع لزوال علته.

عن عبد الله بن أبي بكر، عن عبد الله بن واقد، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث»، قال عبد الله بن أبي بكر: فذكرت ذلك لعمرة، فقالت: صدق، سمعت عائشة، تقول: دف أهل أبيات من أهل البادية حضرة الأضحى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادخروا ثلاثا، ثم تصدقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك، قالوا: يا رسول الله، إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويجملون منها الودك**(2)**، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «وما ذاك؟» قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا» **(3)**

وبين القرطبي بعدما ذكر الأقوال معقباً على أقوال الفقهاء المتعددة في حكم ادخار لحوم الأضاحي، بين قائل بنسخ الادخار ، ومعلل له عند عدم الحاجة ، حيث قال :

:

أنه يبني على ذلك مسألة أصولية وهي الفرق بين رفع الحكم بالنسخ ورفعه لارتفاع علته. اعلم أن المرفوع بالنسخ لا يحكم به أبدا، والمرفوع لارتفاع علته يعود الحكم لعود العلة، فلو قدم على أهل بلدة ناس محتاجون في زمان الأضحى، ولم يكن عند أهل ذلك البلد سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا لتعين عليهم ألا يدخروها فوق ثلاث كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم . **(4)**

---

**1- ابن الأزرق ، شمس الدين الغرباطي ، بدائع السلك في طبائع الملك 295/1**

**2 -الدافة :قوم يدفون أي يسيرون سيرا لينا ، ويجملون منها الودك : يذيبون منها الشحم وهو الودك يقال منه جملت الشحم وأجملته واجتملته إذا أذبته ، والأسقية : قرب الماء**

**3- صحيح مسلم ' باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء 156/3**

**4- القرطبي ،تفسير القرطبي 12/ 47**

**المطلب الثالث** : **ضوابط تغير الأحكام المتعلقة بالعرف**

عند البحث في مسائل تغير الأحكام يلزم صاحب الاختصاص مراعاة الأمور التالية : **(1)**

1- الأخذ بعين الاعتبار أن قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ليست قاعدة عامة ولا مطلقة في جميع الأحكام ، بل هي مقيدة بما لا نص فيه أو نص ظني الدلالة .

2- مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية : وهي الأطر الأخلاقية المحيطة بالأحكام الفقهية المتمثلة بالرحمة والعدل والتيسير ورفع الحرج

3 - ما يقع من تغير في الأحكام هو في دائرة فروع الأحكام الفقهيّة العملية فقط

والمقصود بذلك أفعال المكلفين وخاصة المعاملات، ويخرج بذلك ما يتعلق بأصول الدين كالعقيدة وما يختص بالأخلاق

4- مراعاة الأزمنة والأمكنة والأحوال

وهذه من أهم الأسس التي ينبى عليها تغير الأحكام عند الفقهاء ، وهي مشتركة بين الأسباب والضوابط في تغير الأحكام

5- عدم إسقاط الرأي على النص ،ولا إخضاع النص للرأي

وهذا يجب أن يكون منهج من يتصدى لاستنباط الأحكام الشرعية،أن يتهم رأيه أمام النص ،ولا يتهم النص أمام رأيه ،ولا يتأول النصوص بما يلائم رأيه .وقد اجتهد الفقهاء بكل وسعهم لإغلاق الأبواب في وجه الذين يقدمون العقل على النقل ،وإتباع الهوى على امتثال الأمر .

:

وهذا ما أشار إليه أبو عمر بن عبد البر**(2)** عن جمهور أهل العلم أن الرأي المذموم القول في أحكام شرائع الدين بالظنون، والاشتغال بحفظ المعضلات والأغلوطات ورد الفروع بعضها على بعض قياسا، دون ردها على أصولها والنظر في عللها واعتبارها، فاستعمل فيها الرأي قبل أن ينزل، وفرعت وشققت قبل أن تقع، وفي الاشتغال بهذا والاستغراق فيه تعطيل السنن، والبعث على جهلها، وترك الوقوف على ما يلزم الوقوف عليه منها ومن كتاب الله عز وجل ومعانيه. **(3)**

---

**1- انظر السرخسي أصول السرخسي ،179/2 و القرافي ،الفروق 43/2 و الشاطبي ،الموافقات ،499/1 وابن القيم ،إعلام الموقعين ،80/4 ، الزحيلي ،وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، 89/1**

2- **أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري المعروف بابن عبد البر (368 هـ - 463 هـ) إمام وفقيه مالكي ومحدث ومؤرخ أندلسي، له من الكتب. التصانيف الفائقة ،(الذهبي ،سير أعلام النبلاء ،153/15)**

**3-ابن القيم ، إعلام الموقعين 55/1**

**المطلب الرابع :أسباب تغير القانون المتعلقة بالعرف**

لقد أخرت البحث في أسباب تغير القانون بعد تغير الأحكام في الفقه الإسلامي انتقالاً من الأعلى إلى الأدنى من حيث المصدر ،وذلك لأن أحكام الشريعة أكثر ثباتاً وأقل تغيراً فهي من عند الله ، والقانون من وضع البشر الذي يعتريه النسيان والخطأ وعدم الإحاطة بمتطلبات المجتمع حسب الزمان والمكان وكذلك تعدد المشرعين في القانون وبالتالي كثرة الظن بوقوع التناقض.

وبما أن بعض الأحكام الفقهية قابلة للتغير وفقاً للأسباب والشروط والضوابط المذكورة في هذا البحث ، فمن الطبيعي أن يكون القانون الوضعي قابلا للتغير بطريق الإلغاء والنسخ والتعديل ،وما تجد قانون يتعدى مرحلة زمنية قصيرة إلا ويطرأ عليه الإلغاء أو التعديل.

إلا أن هناك مدارس ومراحل تباينت في النظر إلى تغير القانون أوجزها فيما يلي

- القانون الطبيعي أو المبادئ العامة للقانون: القانون الطبيعي هو العدل المطلق وهي حقيقة خالدة لا تتغير بتغير المكان والزمان ،ومضمونه الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع و ترجع نشأة القانون الطبيعي إلى فلاسفة اليونان إذ ظهرت فكرة وجود قانون أعلى يسيطر على نظام الكون وتستوحي قواعد القانون الوضعية مادتها منه (1)

:

- قانون الشعوب :حيث تأثر الرومان بالفلسفة اليونانية واخذوا عنها فكرة القانون الطبيعي واعتبروه القانون المثالي ويتكون من مجموعة قواعد أبدية موجودة في الطبيعة يدركها الإنسان بالعقل فطبقت باعتبارها قواعد عامة أبدية مشتركة بين الشعوب (2)

- قانون العقل الطبيعي : ونعد الثورة الفرنسية أنتصار للقانون الطبيعي إذ كادت أسس القانون الطبيعي تدون في قانون نابليون كما نص مشروع التقنين الفرنسي المدني لسنة 1804 على أنه : يوجد قانون عام لا يتغير وهو مصدر لكل القوانين الوضعية ويحكم كل البشر.

المدرسة التاريخية للقانون :حيث وجهت انتقادات للنظرية السابقة في القرن 19 أهمها :

القول بأن العقل البشري هو الذي يكشف عن القانون الطبيعي فيؤدي إلى تغيير القواعد تبعا لتطور كل شخص ودرجة فطنته وبذلك لا تصبح قواعد القانون الطبيعي واحدة وثابتة بل تتغير وفقا للأشخاص .(3).

---

**1- تناغو ،سمير عبد السيد ، النظرية العامة للقانون ص99 وص 753وما بعدها**

**2- الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ،ط7 ،دار وائل ،عمان 2007 ص15فما بعده**

**3- المراجع السابقة**

وأن ما ذهب إليه أنصار القانون الطبيعي من وجود قواعد خالدة ثابتة لا تتغير عبر الزمن أمر غير صحيح ذلك لأن القواعد القانونية متغيرة عبر الزمن والمكان وأن القانون وليد البيئة الاجتماعية وأنه يتغير بتغير الزمان والمكان.

- ظهور مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير واعتبرت هذه المدرسة أن القانون الطبيعي مثل أعلى لكل مشرع على حدة

وتتضمن مدارس ومذاهب التغير في القانون الأسباب والدوافع الطبيعية والوضعية لهذا التغير وتشمل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للمجتمعات،بالإضافة إلى الأسباب التي ذكرت في تغير الأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية في المطلب السابق (1).

:

**1- تناغو ،سمير عبد السيد ، النظرية العامة للقانون ص99 وص 753وما بعدها**

**2- الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ،ط7 ،دار وائل ،عمان 2007 ص15فما بعده**

## المبحث الثاني : تعارض العرف مع نصوص القانون المدني الأردني

المشرع الأردني رتب مصادر القانون المدني من حيث أولوية الرجوع إليها عند التطبيق، فبدأ بالنص كمصدر أول للقانون، وأحكام الفقه الإسلامي في المرتبة الثانية ومبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة ،والعرف في المرتبة الرابعة ،وقواعد العدالة في المرتبة الخامسة.

وسبق أن ذكرت في مناقشة شروط اعتبار العرف، أنني أرى أن هناك لغواً لفظياً في الشرط الخامس في عبارة ألا يتعارض مع أحكام القانون ، وذلك لأن المشرع أحال الحكم إلى العرف عند انعدام النص القانوني أو أحكام الفقه الإسلامي أو أحد مبادئ الشريعة الإسلامية في الفقرة 2 المادة 2 ' فتحصيل حاصل أن معارضة العرف لنصوص القانون مردودة والكلام فيها من باب إثبات المثبت فكانت العبارة ألا يتعارض مع أحكام القانون من قبيل اللغو اللفظي(إلا إذا كان المقصود من عبارة ألا يتعارض مع أحكام القانون ،الأحكام القضائية المستنبطة من نصوص القانون) ،ثم إن التعارض يكون عند تساوي الدليلين والنص القانوني أعلى درجة من العرف فانعدمت المساواة لتفاوت المرتبة بين النص والعرف.

أما في الفقه الإسلامي فلا يكاد يخلو أي من كتب أصول الفقه من مبحث في التعارض والترجيح والعامي في الفقه يظن أن هناك تعارضاً في نصوص الشريعة ،ولكن علماء أصول الفقه عندما بحثوا مسائل التعارض والترجيح ، قالوا إن المقصود بالبحث هو إزالة التعارض الظاهري ،

:

والسبب أن مصدر الأحكام في الشريعة الإسلامية واحد وهو منزه عن الخطأ،فلا يعقل أن يعارض الشارع الحكيم نفسه ،فأصبح مجال ترجيح المتعارضات ظاهريا ما بين العام والخاص والمطلق والمقيد وظني الدلالة مع ظني آخر...الخ (1)

ومن هذا المنطلق نناقش مسألة التعارض الظاهري بين العرف والنص القانوني ظني الدلالة ،أما مسألة ثبوت النص القانوني فذلك خارج محل النزاع لأن القانون إما ساري المفعول أو ملغى وتاريخ صدوره وتاريخ العمل به معروف ، فلا مجال للخلاف في ثبوته من عدمه .

وباستقراء نصوص القانون في كيفية دلالته على الحكم ،فالنص إما أن يكون قطعي الدلالة على الحكم المراد ،وإما أن يكون ظني الدلالة.

فمثال قطعي الدلالة

المادة 2/43مدني- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

---

**1- الشاطبي، الموافقات 341/5 والشوكاني ،إرشاد الفحول 257/2**

الوجه القطعي في النص

عبارة - ثماني عشرة سنة شمسية كاملة- واضحة الدلالة على سن الرشد ولا تحتمل غيره،فهي قطعية في الدلالة على المراد ولا تقبل المعارضة لا بالعرف ولا بغيره .

**المادة 137/مدني -** التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراها، ويكون ملجئا أو غير ملجئ بحسب الأحوال.

وجه الظن في النص السابق :

عبارة "بحسب الأحوال" ،عبارة فضفاضة ،فالأحوال تتغير من حين لآخر وتختلف من منطقة لأخرى،وتقديرها قابل للاجتهاد ،وذلك طريق للمعارضة التي يجوز أن يكون للعرف أثر فيها

**المادة 804 /مدني: حقوق الورثة في عقد المقاولة**

1- ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقا على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد .

2- وإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

3- وفي كلا الحالين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقا لشروط العقد وما **يقتضيه**

:

**العرف**

فاحتمال المعارضة في الفقرة (3) من المادة السابقة بين شروط العقد والعرف وذلك لأن القانون نص على استحقاق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات حسب شروط العقد والعرف مجتمعة فتقع المعارضة حال تصادم شروط العقد مع العرف .

وفي جانب آخر بينت بعض الأبحاث في القانون ،أن مخالفة العرف للقانون إما بمخالفته لقاعدة قانونية مكملة أو آمرة ،أما العرف المخالف لقاعدة قانونية مكملة فيعمل به على خلاف العرف المخالف لقاعدة قانونية آمرة الذي يبطل العمل به لعدم جواز الاتفاق على خلاف أحكام القواعد الآمرة .

ويقابل ذلك في الفقه الإسلامي العرف المخالف للنص قطعي الدلالة حيث ينعدم العمل به أما العرف المخالف للأحكام الظنية فيقبل النظر بهذه المخالفة .

## المبحث الثالث : تقديم العرف على النص في بعض مواد القانون المدني الأردني

إن استقراء نصوص القانون يشير بوضوح إلى أن المشرع رتب التزامات المتعاقدين نصاً في بعض العقود ، ثم نسخ هذه الأحكام حال جريان العرف خلافها ،وإليك نصوص هذه المواد وتوجيهها :

المادة 626 :

1- لا يجوز للمضارب خلط مال المضارب بماله ولا إعطاؤه للغير مضاربة إلا إذا جرى العرف بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه.

وجه الدلالة من النص

القانون أحال إلى العرف خلط مال المضارب بماله ،وذلك يتوافق مع ما ورد في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام في هذه المسألة **(1)**

المادة 719 :

1- يلزم المؤجر إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة .

2- على المستأجر إجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المعتاد بالأرض ، وصيانة السواقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار .

3- وهذا كله ما لم يجر الاتفاق أو العرف بغير ذلك

:

وجه الدلالة من النص فقرة (3)

النص السابق حدد كل من التزامات المؤجر،وواجبات المستأجر بالصيغة الآمرة بلفظ يلزم المؤجر وعلى المستأجر،إلا أنه في الفقرة النهائية (3)قدم حكم العرف على ما سبق ، وكأن المشرع يقول ،يلزم المؤجر كذا والمستأجر كذا ،ولكن إذا خالف العرف ذلك فيرجع إلى العرف ويتوقف العمل بالنص.

وأود الإشارة إلى أن الفقرة **(3)** من النص جاءت مضطربة من حيث الصياغة اللفظية ، وبيان ذلك استخدام عبارة ما لم يجر الاتفاق ... بغير ذلك ،فلا يستقيم لغة القول :يجري الاتفاق به بل عليه لأن النص عن محل الاتفاق وهو(إجراء الإصلاحات) ،وهل قصد المشرع بقوله ما لم يجر الاتفاق حول فقرات المادة السابقة أم أراد عطف ذلك على جريان العرف ، والأنسب أن يكون النص :

3- وهذا كله ما لم يتم الاتفاق أو يجري العرف على غير ذلك (خلاف ذلك)

---

**1- البغدادي ،مجمع الضمانات 321/1 ونظام الدين ، الفتاوى الهندية 293/4 والدر المختار 649/5 والمجلة ،مادة (1415)**

ومن هنا يصح القول: جرى به العرف وجرى عليه العرف ، ويصح القول جرى الاتفاق عليه ، ولا يصح القول جرى الاتفاق به

**المادة 739 :**

1- إذا لم يبين في العقد مدة للمساقاة تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد ما لم يجر العرف على غير ذلك

وجه الدلالة من النص

حددت المادة مدة المساقاة بأول غلة في سنة العقد، ولكنه يرجع إلى العرف إذا خالف ذلك ،أي ما سبق ذكره بنص المادة

ولا يشترط عند الحنفية **(1)** بيان مدة المساقاة استحساناً، عملاً بالمتعارف المتعامل به .

**المادة 793 : "**يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك " .

وجه الدلالة من النص

أولاً –الاتفاق على طريقة دفع الأجر يقطع الخلاف حسب ما ورد في النص السابق ،وهو مقدم على العرف ويجوز مخالفته ، قال القرافي في الفروق : "وكل ما صرح به في العقد واقتضته اللغة فهذا هو الذي لا يختلف باختلاف العوائد ولا يقال إن العرف اقتضاه " **(2)**

:

ثانياً – إذا كان العقد مطلقاً عن الاتفاق فيبنى على هذا النص بمفهوم المخالفة أنه لا يلزم صاحب العمل دفع الأجرة قبل تسلم المعقود عليه ،إلا أنه جرت العادة أن يطلب العامل جزءاً من الأجر قبل تسلم المعقود عليه ولا يمتنع صاحب العمل عن ذلك ،فلو أن صاحب عمل تمسك ببعض النص السابق متجاهلاً المعتاد فترد دعواه بالرجوع إلى العرف .

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية فقد أحالت شرح المادة السابقة إلى المجلة حيث جاء فيها :

المادة (468) تلزم الأجرة بشرط التعجيل يعني لو شرط كون الأجرة معجلة ، يلزم المستأجر تسليمها إن كان عقد الإجارة واردا على منافع الأعيان أو على العمل ففي الصورة الأولى للمؤجر أن يمتنع عن تسليم المأجور وفي الصورة الثانية للأجير أن يمتنع عن العمل إلى أن يستوفيا الأجرة وعلى كلتا الصورتين لهما المطالبة بالأجرة نقدا فإن امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجارة.**(3)**

---

**1- الكاساني ،البدائع: 185/ 6 وما بعدها ، الزيلعي ،تبيين الحقائق: 284/ 5.**

**2- القرافي ،الفروق 288/3**

**3- مجلة الأحكام العدلية :دار الإسراء ، عملن 89//1**

والمذكرات الإيضاحية لم تزد على ما ورد بنص القانون بخصوص الرجوع للعرف(1)

**المادة 808 :**

تبدأ مدة العمل من الوقت الذي عين في العقد فإن لم يعين وقت بدئه فمن تاريخ العقد ما لم يقض العرف أو ظروف العقد بغير ذلك

وجه الدلالة من النص :

تبين هذه المادة وقت البدء في العمل الذي تم العقد عليه كالأتي

أولاً- الوقت الذي اتفق عليه في العقد

ثانياً - ورود العقد مطلقا عن تعيين الوقت فالبدء من تاريخ العقد

ثالثاً - إذا قضى العرف أو ظروف العقد غير ذلك فيقدما على ما سبق ،فعبارة غير ذلك تعود على جميع ما ورد في النص ، ألا ترى أن لفظ ذلك في قوله تعالى(وَالَّذِينَ لا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ وَلا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا) الفرقان: 68 [ أي: ومن يفعل جميع ذلك المذكور، وقوله تعالى: {عوانٌ بين ذلك}] البقرة: 68 ، مع أن (بين) لفظ لا يكون إلا بين اثنين، فعبر بذلك عن مجموعهما . **(2)**

:

---

1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ط3، مطبعة التوثيق ،عمان 1992 م 2 / 586

2 -القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت 684هـ) نفائس الأصول في شرح المحصول المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ،الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز ،ط1، 1416هـ - 1995م ، 842/2

## المبحث الرابع:الاتفاق على مخالفة العرف في القانون والفقه (بين المتعاقدين)

### اولاً- الاتفاق على مخالفة العرف في القانون بين المتعاقدين

من يقرأ الكتب والأبحاث التي تتناول مبحث العرف في القانون ،يجدها بالمطلق تنص على أن العرف قانون ، والقانون لا يجوز الاتفاق على مخالفته ،ولا يعذر أحد بجهله ، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفة العرف ،وباستقراء نصوص القانون فقد وجدت ما ينص على خلاف ، ذلك وإليك الدليل من مواد القانون

**المادة 499 /مدني أردني :**

2- إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك

المادة السابقة تشرح الأسس التي يتم من خلالها إرسال المبيع للمشتري ، فتبدأ بالعقد لأن العقد شريعة المتعاقدين إلا في حالات استثنائية ليس هذا محلها ، فإذا خلا العقد من شرط إرسال المبيع ، فيرجع إلى العرف ، فإذا اقتضى العرف إرسال المبيع فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله للمشتري والعبارة الأخيرة من النص السابق تصرح بأن ما سبق اشتراطه يكون ملزماً ما لم يوجد اتفاق على غيره ، أي على غير أي قيد أو شرط وجد في النص بما في ذلك العرف .

:

فيبنى على ذلك جواز الاتفاق على مخالفة العرف في إرسال المبيع للمشتري من عدمه .(وهذا النص يدل صراحة على نقض الرأي القانوني القائل بأن العرف قانون ولا يجوز الاتفاق على مخالفته .

**المادة 916 مدني أردني :**

فقرة 4- فإذا تعلق الالتزام بتعليم أو علاج أو إنفاق فانه يجب الوفاء به طبقا لما يجري به العرف إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك.

وهذا دليل آخر من نصوص القانون، حيث حكّمت المادة السابقة العرف في الوفاء بما التُزم به ، ثم عاد المشرع واستثنى أن يتضمن طريقة الالتزام بغير ما ورد في النص ، والأساس الوحيد في طريقة الالتزام في النص هو العرف ، فنخلص إلى جواز مخالفة العرف الذي نُص عليه في هذه المادة .

وهذا نص من القانون التجاري الذي يعتبر القانون المدني مصدرًا تاريخياً له

**المادة : 1/4 تجاري أردني:**

على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية..

والنص السابق يلزم القاضي تطبيق العرف في تحديد آثار العمل التجاري ،ثم يعود ويستثني أن يكون المتعاقدين قصدا مخالفة أحكام العرف ، وكأنه يقول إذا اتفق المتعاقدان على عدم الرجوع للعرف أو قصدا مخالفته فلا تطبقه المحكمة .وهل يوجد أوضح من هذا النص القانوني القاطع على جواز الاتفاق على مخالفة العرف .

:

**ثانياً- حكم الاتفاق على مخالفة العرف في الفقه الإسلامي (بين المتعاقدين)**

البحث في الاتفاق على مخالفة العرف في الفقه الإسلامي يدور حول المعاملات المالية فقط فيخرج من نطاق البحث العرف اللغوي والشرعي،أو ما يتعلق بحقوق المجتمع كالنظام العام والآداب العامة وذلك لأن موضوع الدراسة يختص بالقانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني يبحث في المعاملات المالية ،والمعاملة تكون بين طرفي العقد ، والعقد إما أن يكون مطلقاً أو مقيدا ،وهنا مجال العرف فهل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة العرف أو عدم العمل به لذلك سأذكر بعض الأدلة على جواز الاتفاق على مخالفة العرف .

أولاً- قوله عليه الصلاة والسلام ×المسلمون عند شروطهم " **(1)**

وفي رواية " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا أحل حراما " وفي رواية أخرى ما وافق الحق .**(2)**

وجه الدلالة من الحديث

يفهم من منطوق الحديث وجوب مراعاة الشرط (إذا وافق الشرع ) بين المسلمين في معاملاتهم،ولا يوجد نص بدرجة هذا الحديث يشير إلى لزوم تطبيق العرف بين المتعاقدين ، ويفهم من ذلك أن الشرط أقوى من العرف و لا يوجد ما يمنع من مخالفته

:

ثانياً - القاعدة الفقهية - "المعروف عرف كالمشروط شرطاً " وهذه القاعدة مقرره عند جمهور الفقهاء والأصوليين ، ويسترشد بها في كثير من الفروع الفقهية .

وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ أخرى ،فعند ابن نجيم:

"المعروف عرفاً كالمشروط شرعا " (3)، ومعنى القاعدة تشبيه العرف بالشرط في قوة الاستدلال ، حيث إن الشرط أقوى من العرف ، لأن التشبيه في اللغة عقد مقارنة بين طرفين أو شيئين يشتركان في صفة واحدة ويزيد المشبه به على المشبه في هذه الصفة .(4)

والقصد من هذا البيان أن الشرط أقوى من العرف ،فلو اشترط العاقدان شرطاً معينا وكان العرف خلافه فالعرف لا يلغي هذا الشرط ، فالعرف يعمل به في العقود إذا خلت من أي شرط أو قيد ،أي في حالة الإطلاق .

---

**1) رواه البخاري ،(كتب الإجارة ،باب أجر السمسرة ،ج92/3)**

**2) رواه البيهقي ،(السنن الكبرى،كتاب الشركة ،باب الشروط في الشركة ، 131/6) (حسن صحيح ،أنظر ابن الملقن ،البدر المنير ،687/6)**

**3) ابن نجيم ،الأشباه والنظائر 84/1و 85**

**4) أنظر السراج ، اللباب في قواعد اللغة 171/1**

يقول السرخسي في المبسوط :

"والعرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه " **(1)**

وهذا ما صرح به مؤتمر الفقه الإسلامي الخامس في الكويت في جلست الختامية حول العرف حيث جاء في شروط اعتبار العرف الفقرة(د) أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرحا بخلافه فلا يعتد به. **(2)**

يقول العز ابن عبد السلام في قواعد الأحكام :

" كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح" **(3)**

أي جواز تصريح المتعاقدين بخلاف ما ثبت بالعرف إذا كان لا يخالف مقتضى العقد

:

1- السرخسي ،المبسوط 152/4 و170/8و 227/4 وحاشية ابن عابدين ،135/4
2- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الخامس ،الكويت ،1988م 2847/5
3- العز ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام : 186/2

# الفصل الثالث

## تطبيقات أثر العرف في القانون المدني الأردني

المبحث الأول : اثر العرف في الأحكام التمهيدية في القانون المدني الأردني

المبحث الثاني : أثر العرف في بعض مصادر الحقوق الشخصية

المبحث الثالث : مدى الرجوع للعرف في آثار الحق

المبحث الرابع: أثر العرف في عقود التمليك

المبحث الخامس : اثر العرف في عقود المنفعة

المبحث السادس : اثر العرف في عقود العمل

:

**المبحث السابع : اثر العرف في عقود الغرر**

**المبحث الثامن : أثر العرف في حق الملكية**

## تمهيـــــــــــــــــــد

بعد النظر في مفهوم العرف بين الفقه والقانون وأقسامه وشروط العمل به وقابليته للتغير، سيتم في هذا الفصل تناول بيان القواعد العامة في القانون المدني كبيان المثليات من الأموال وضوابط استعمال الحق .

وفي مبحث آخر تطبيقات العرف في مصادر الحقوق الشخصية كصياغة العقد وتوابعه وضبط تبرعات المدين ،والرجوع للعرف في التسلسل القانوني في الوفاء بالحق .

واستقرأت في مبحث عقود التمليك كالبيع والشركة ومجال العرف فيها من طريقة قبض الثمن وجواز تجربة المبيع ،والانتفاع بالمبيع في مدة التجربة والعيوب المألوفة وغير المألوفة في المبيع وطريقة القبض ،ومكان التسعير عند عدم وجود سوق لذلك ، أما فيما يختص بالشركة فناقشت تصرفات مدير الشركة حسب العرف التجاري ،ومادة أخرى تتعلق بأثر العرف في خلط مال المضاربة بمال المضارب .

وهناك مبحث في عقود المنفعة يندرج تحته عقد الإجارة بما يتضمنه من أثر العرف في موعد أداء الأجرة وما يلزم المؤجر من إصلاح المأجور، وضمان العيوب المؤثرة في الانتفاع بالمأجور، وحكم العرف في حدود الانتفاع بالمأجور ، وواجب المستأجر بترميم المأجور وتنظيفه حسب

:

العرف وقيمة التعويض عن فسخ العقد لعذر طارئ من أحد العاقدين ، والإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المعتاد بالأرض ، وصيانة السواقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار

ثم عرض ما يتعلق بالمزارعة و المساقاة من مواد قيمة التعويض الذي يعادل ما بذله المزارع من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر المعروف إذا كان العقد يلزم دافع الأرض ببذل ما ذكر في حال استُحقت الأرض والتزام صاحب الأرض بإصلاح الأدوات الزراعية التي يجب عليه تسليمها صالحة للعمل إذا احتاجت إلى الإصلاح نتيجة الاستعمال المعتاد ، وذلك لأن الاستعمال خلاف المعتاد يعتبر تفريطا وتعدٍ يوجب ضمان المزارع أو الأجير ، والرجوع للعرف مدة المساقاة حال خلو العقد من بيان المدة والرجوع إلى العرف في إلزام صاحب الشجر بالنفقات التي يحتاج إليها الاستغلال والعناية المعتادة كثمن سماد وأدوية لمكافحة الحشرات ،وحكم العرف في الآثار المترتبة على عقد المساقاة حال استحقاق الشجر أو الثمر.

أما المواد المتعلقة بالإعارة فعرضت اثر العرف فيما يجوز للزوجة إعارته ،و في تأقيت الإعارة وما هو وجه الانتفاع المعتاد في العارية ،والضمان حال الاستعمال خلاف المعتاد ، والرجوع إلى العرف في مكان رد العارية .

أما موضوع الوكالة ومدى الرجوع للعرف في أحكامها فذلك في ستة مواد وهي نفقات التنفيذ المعتاد للوكالة ، والبيع بالنسيئة حسب العرف إذا كان العقد لا يقيد الوكيل بالبيع نقداً ، وإلزام الموكل الحقوق المترتبة في ذمة الوكيل بسبب التنفيذ المعتاد للوكالة ،ومسؤولية الموكل عن ما يلحق الوكيل من ضرر حال التنفيذ المعتاد للوكالة .

أما موضوع الوديعة فتضمن الرجوع للعرف في مادتين وهما ، الإنفاق على الوديعة ، و ضمان الوديعة بالتعدي أو التفريط .

وعرضت مبحثاً في عقود العمل تضمن مطلباً في أثر العرف في عقد المقاولة في أربعة مواد وهي التزامات المقاول، والتزام صاحب العمل في دفع أجرة المقاول ،وأجرة مهندس البناء، وحقوق الورثة.

ومطلباً آخر في عقد العمل تضمن ستة مواد تناولت أثر العرف في العقد المطلق عن مدة العمل وفي بيان أجرة العامل، وفيما يتبع أجرة العامل و تحديد واجبات العامل ،وتوابع العمل-،تحديد واجبات صاحب العمل .

وتلا ذلك مبحث في عقود الغرر وفيه مادتان تحكمان العرف في الالتزام بالوعد وهما ،أثر العرف في الالتزام بتعليم أو علاج ،وحقوق الملتَزم له بعد وفاة الواعد .

وهناك مادتان في موضوع التأمين :إحداهما - تشير إلى حكم العرف في الحوادث التي تخضع للتأمين بشكل عام ،والثانية - أثر العرف فيما يشمله التـأمين ضد الحريق

:

أما المبحث الأخير فيختص بحقوق الملكية والقيود عليها وذلك في ثلاثة مواد تتضمن الرجوع للعرف وتحكيمه في استعمال حق الملكية وهي : تقييد المالك والجار في استعمال حق الملكية والجوار حسب العرف . استرشاد المحكمة بالعرف عند النزاع في اتصال منقولان لمالكين مختلفين ،وأثر العرف في حقوق التصرف والانتفاع والسكن والاستعمال والمساطحة

ومطلب في أثر العرف في وقف المنقول.

ومطلب أخير في الحقوق المجردة ويحتوي على مادتين تحكمان العرف في ذلك .

الأولى : نفقة إصلاح المجرى .

الثانية : نطاق الحق المجرد بالإضافة إلى بيان ماهية الحق المجرد والارتفاق

## المبحث الأول : اثر العرف في الأحكام التمهيدية في القانون المدني الأردني

### المطلب الأول : مرتبة العرف بين مصادر القانون المدني الأردني

يحتوي هذا المطلب على بيان مرتبة العرف ودلالته بين مصادر القانون المدني الأردني حيث نصت على ذلك المادة الثانية من القانون ذاته كما يلي :

**المادة** 2:

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص

3- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب.

أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

من خلال استعراض المادة السابقة نلاحظ ترتيب مصادر القانون التي ترجع إليها المحكمة ،كما يلي

1- المصدر الأول : النص بمنطوقه ومعناه

2- المصدر الثاني :أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون

:

3- المصدر الثالث :مبادئ الشريعة الإسلامية
4- المصدر الرابع : العرف بالشروط المذكورة
5- المصدر الخامس : قواعد العدالة

نلاحظ مما سبق أن العرف جاء في المرتبة الرابعة بين مصادر القانون المدني الأردني وبالنظر إلى الفقرة (2) نلاحظ إدراج قواعد العدالة بين العرف وشروط اعتباره ،والأنسب أن يكون النص كالتالي :

2- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد. فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة .

ومن وجه آخر أتساءل عن ذكر كلمة بلد التي يمكن أن تحمل معنى دولة معينة ، كما تحمل معنى بلدة ،أي البلدة المعروفة ضمن الدولة، والقانون الأردني وضع للدولة الأردنية فقط ، فالأنسب أن يراعى العرف اللغوي في صياغة النص القانوني تسهيلاً على من يفسر القانون .

وقد يسأل عن التفريق بين أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصادر لأحكام القانون. فأجابت المذكرات الإيضاحية عن هذا السؤال ؟ وذلك بأن أحكام الفقه الإسلامي مدونة في الكتب الفقهية فيما يخص المعاملات المالية ، أما مبادئ الشريعة كالعدل والمساواة وأداء الأمانات وتحريم أكل أموال الناس بالباطل فهي قواعد عامة مستخلصه من القرآن والسنة **(1)**

**المطلب الثاني :دلالة العرف في فقه القانون**

يذكر بعض الباحثين في فقه القانون في كتبهم مسألة وظائف العرف ،ووجهة نظري أن هذا حشو في التأليف وإسقاط فقه على القانون لمجرد إخراج بحث إلى الميدان الأكاديمي ،وهناك فرق بين أن تدفع الباحث الحاجة ليبحث أو تقع نازلة يلزم البحث فيها ،أو بعبارة أخرى باحث يحتاج إلى بحث أو بحث يحتاج إلى باحث ،ولا يخفى الفرق بينهما ،وهذه أهم ما يطلق عليه وظائف العرف كما وردت في بعض مباحث القانون والفقه الإسلامي **(2)**

" 1 - العرف المكمل للتشريع

* مضمونه :- رجوع القاضي إلى قواعد العرف لطلب الحكم منها في الحالات التي يخلو فيها التشريع من الحكم المناسب .

* نطاقه : يكمل العرف نقص التشريع في فروع القانون المختلفة بنسب متفاوتة فمثلاً يتعاظم دور العرف في القانون الدولي و القانون التجاري و يتضاءل في المعاملات المدنية و يندر في القانون الدستوري و الإداري ، و ينعدم في القانون الجنائي حيث يسود مبدأ لا جريمة و لا عقوبة بغير نص تشريعي .

:

2- العرف المساعد للتشريع :وهو رجوع القاضي إلى قواعد العرف ليستعين بها في كيفية تطبيق المعايير المرنة الواردة في النص التشريعي بهدف تطبيق حكم النص بأسلوب أكثر ملائمة .

* مثاله :- تنص المادة 490 /مدني

يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما اعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد

3- العرف المخالف للتشريع : هو قيام عرف مخالف لقاعدة قانونية مكملة ، على خلاف العرف المخالف لقاعدة قانونية آمرة الذي يبطل العمل به لعدم جواز الاتفاق على خلاف أحكام القواعد الآمرة .

* نطاقه : الأخذ بمبدأ عدم جواز قيام العرف المخالف للتشريع بمعارضة فروع القانون الأخرى"

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ،** *36/1*

**2- عمر ،محمد عبده ، منزلة العرف في التشريع الإسلامي ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،العدد (5) ج2829/5**

**3- 1-الجبور ، ياسر ، أرشيف شؤون قانونية ،الإنتر نت ، 2010/7/3 ، و الداؤدي ، غالب ،المدخل إلى علم القانون ،ط7 ،دار وائل ،عمان 2007 ص157**

بمعنى أن العرف المكمل في القانون المدني لا يجوز أن يخالف قاعدة آمرة من قواعد القانون المدني و العرف التجاري لا يجوز أن يخالف قاعدة آمرة من قواعد القانون التجاري ، بينما يجوز أن يخالف عرف تجاري قاعدة آمرة من قواعد القانون المدني.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يتصور في الواقع أن توجد وظيفة عمل صاحبها المخالفة ؟

والذي يثير الاستغراب أكثر من ذلك أن بعض الباحثين في الفقه الإسلامي نقل هذا المنهج برمته عند بحثه في العرف في الفقه الإسلامي ،ولننظر فيما قاله الدكتور محمد جبر الألفي في بحثه العرف (بحث فقهي مقارن) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، المقدم للمؤتمر :

"بعد استقراء عدد لا بأس به من الحالات التي بنى الفقهاء أحكامها على العادات والأعراف، تبين لنا أن العرف يؤدي وظائف متنوعة في مجال التشريع، فقد يستقل بإنشاء بعض الأحكام الفقهية، وقد يقوم بدور مساعد للتشريع بأن يخصص العام أو يفصل المجمل أو يبين المراد وقد يخالف العرف نصا شرعيًّا أو حكمًا اجتهاديا، فيقبل العلماء ما جاء به بعد تأويل النص الشرعي أو تغيير الحكم الاجتهادي، إذا دعت الضرورة".**(1)**

وبالنظر إلى ما ذكره الباحث ،فقد جاء بوظائف العرف في القانون وألبسها ثوبا شرعياً عله يكون ساتراً ،إلا أنه كشف النقاب عن أخطاء جوهرية لا تليق بكمال التشريع وجمال عباراته ، ومن ذلك قوله : وقد يقوم العرف بدور مساعد للتشريع وقد يخالف العرف نصا شرعيًّا ، ومعلوم أن التشريع

:

هو القرآن والسنة فتصبح العبارة - والعرف يقوم بدور مساعد للقرآن والسنة ومخالف للنص الشرعي - على غرار مساعدة العرف للنص القانوني ومخالفته ،وهل من موافقة على مثل هذه العبارة أو هذه المنهجية في المقارنة ؟

وانأ لست مع إسقاط المصطلحات الإدارية المتعلقة بالنظام العام للبشر على الأمور الدينية ،كقول بعض الدعاة محكمة العدل الإلهية فلا يخفى على من يتذوق اللغة أن هذا تعظيم للبشر وليس لشعائر الله لأن هذا من باب تشبيه أحكام الله بمحاكم البشر وتصوير المسألة في الأذهان على أن هناك محاكم في السماء شبيهة من حيث الشكل بمحاكم البشر، وليس العكس بأقل خطأ من هذا ، أو أن ترسم صورة في الأذهان على أن منظومة الفقه الإسلامي ومصادر التشريع على شكل مؤسسة فيها مدير ونائب ومساعد وموظفون ،فهذا تشبيه الأعلى بالأدنى ،فإن قيل تقريب لأذهان العامة ، أقول لا ينبغي أن نجهل في منهجنا كي يفهم الجاهل فالغاية لا تبرر الوسيلة والله أعلم

---

**1- الألفي ،محمد جبر ، العرف (بحث فقهي مقارن) ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،جمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي العدد الخامس ،الكويت 1988م ج5/2695-2696**

## المطلب الثالث : أثر العرف في بيان المثليات من الأموال

يتناول هذا المطلب الرجوع للعرف والعادة في تحديد ما هو من المثليات وضوابط التماثل في الأموال والمادة 56 وضعت قيود كافية في تحديد ما هو مثلي وقيد العرف جاء هنا زيادة في الضبط وليس المرجع الرئيسي ، حيث ذكرت المادة 56 هذه الضوابط ،وهي تماثل الآحاد أو الأجزاء ،وأن يقوم بعضها مقام بعض ،حيث ينعدم الفرق المعتبر عرفاً فيما بينها . والمذكرات الإيضاحية قللت من النزاع في تحديد المثليات في العصر الحاضر بسبب التقدم الصناعي ووسائل ضبط الأشياء **(1)**.أما في الفقه الإسلامي فهناك قاعدة مشهورة عند الفقهاء "أن ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف .وهذا نص المادة في تعريف التماثل في الأشياء المالية وضوابطه .

**المادة** 56 :**مدني أردني** ،**وشرحها**

" الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض **عرفاً** بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن. "

النص السابق عرف الأشياء المثلية تعريف مفصلا ًوضبطها بما يقطع النزاع وذلك بذكره قيد التماثل (بلا فرق يعتد به) لأن الذي لا يعتد به يلحق بالعدم عند الفقهاء **(2)**، وحتى بالرجوع للعرف فإن العرف لا يرفع هذا القيد ،فقوله : بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً تصريح

:

بالرجوع للعرف ،لكنه ليس مطلق الرجوع بعد ما قيد العرف بعبارة (بلا فرق يعتد به) وكأنه يقول :يرجع للعرف في تحديد المثليات بلا فرق يعتد به ،فلو احتج أحد طرفي النزاع - لأن القانون لا يرجع إليه حال التراضي- بأن ما قضى به أهل العرف في رد المثلي فيه فرق كبير ،فإنه يرجع إلى النص لا إلى العرف ، والنص تطبقه المحكمة ،فانعدمت معاونة العرف للتشريع في هذه المادة .

ومن وجهة نظري فإن كلمة عرفاً في المادة السابقة لا أثر لها في الحكم بل هي عبء على النص حال التفسير والتطبيق،فلو أزلنا كلمة عرفاً وكان النص كما يلي :

" الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن. "لما تغير شيء في الحكم ،بل هو أسهل في رفع الخلاف

---

**1 - المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ط3، مطبعة التوثيق ،عمان 1992 م 72/1**

**2- الكاساني ،بدائع الصنائع 294/5**

وبالرجوع للمذكرات الإيضاحية فقد فسرت المثلي بالوجود في الأسواق وما لم يوجد في الأسواق فليس بمثلي **(1)**

وأضافت المذكرات : " ويلاحظ أن التماثل وعدم التماثل يختلف باختلاف الزمان والظروف فقديما كانت الأقمشة تعتبر قيمية لاختلافها في النسيج والخيوط اختلافا تتفاوت به قيمها نتيجة غزلها ونسجها بالأيدي أما ألان وقد أصبح كل ذلك بالآلات الميكانيكية التي لا تنتج إلا متماثلا في جميع الصفات فالواجب الآن عدها من المثليات كما يعد الآن من المثليات كل ما توجده الصناعة الحاضرة من المصنوعات المتماثلة في المادة ، والصنعة والقدر والصفة كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرنزية و أواني الطعام والشراب والورق والكتب المطبوعة والكراسات وغير ذلك من المتماثلات الموجودة في الأسواق لأن التناظر هو التماثل المؤدي إلى عدم الاختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل أو بين الآحاد المتماثلة في الحجم مع الوجود في الأسواق وذلك كله متحقق في هذه الأشياء وفي كثير غيرها على أكمل وجه حتى أنه يفوق في ذلك البر والشعير و التمر مما عده الفقهاء مثليا ".**(2)**

وعرفت مجلة الأحكام المثلي في(المادة 145) المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به أما في الفقه الإسلامي ،فضيق الفقهاء مسألة الرجوع للعرف في تحديد المثليات وإنما ضبطوا تماثل الأشياء المالية بوجود المثل في السوق. **(3)**

قال صاحب كفاية النبيه :

:

واستدل المحاملي(4) بأن الشرع ورد باعتبار المماثلة والمساواة في البيع، ولم يبين الجهة التي يعتبر فيها التساوي، ولابد فيها من تحديد، ولا حدّ لها في اللغة ولا في الشرع؛ فرجع في تحديده **إلى العرف والعادة (5)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية. المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ج73/1**

**2-المرجع السابق**

**3- مجلة الأحكام (مادة- 145)**

**4- (هو الإمام الجليل أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن إسماعيل المحاملي الضبي الشافعي، من رفعاء أصحاب الشيخ أبي حامد الإسفراييني، برع في الفقه والحديث، توفي سنة 415هـ، من مصنفاته: المجموع والمقنع واللباب ، أنظر: التاج السبكي، طبقات الشافعية ... (4/ 48)**

**5- ابن الرفعة ،كفاية النبيه 146/9**

**المطلب الرابع :أثر العرف في مشروعية استعمال الحق**

**معنى الحق لغةً واصطلاحاً في (القانون والفقه الإسلامي)**

**الفرع الأول : الحق في اللغة :**

الثبوت والوجوب والصواب **(1)**

**الفرع الثاني : الحق في القانون**

سلطة يمنحها القانون لشخص لتحقيق مصلحة مشروعة ويقوم بحمايتها **(2)**

**الفرع الثالث : الحق في الفقه الإسلامي**

اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا **(3)**

**الفرغ الرابع :معنى التعسف** : يأتي التعسف بمعنى الظلم والسير على غير هدى ، جاء في لسان العرب :

عسف: العسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف: .يقال: اعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صواب توخاه فأصابه. والتعسيف: السير على غير علم ولا أثر. وقيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق ، وعسف فلان : ظلمه **(4)**
وقد أفرد المشرع الأردني فصلاً بعنوان الحق وهو الفصل الرابع من الباب التمهيدي من القانون المدني الأردني ، والفرع الأول منه نطاق استعمال الحق ،وبين في المادة (66) أن للعرف أثراً

:

في مشروعية استعمال الحق من عدمه ، وان التعسف يوجب الضمان ، وباستقراء نصوص الفقهاء في هذه المسألة وجدت ما يصعب حصره من القيود والضوابط في كيفية استعمال الحق ومنع تصرف المالك في ملكه على الوجه الذي يتضرر به الآخرون ، ومن أجمل ما وجدت في هذا قول عن الإمام مالك أنه من بنى مسجداً يكشف جيرانه لا يصلى فيه حتى يأتي بساتر(5) بمعنى أنه لا يجوز أن يتضرر غيرك بطريقتك في العبادة، فعن أبي سعيد قال : (اعتكف رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد، فسمعهم يجهرون بالقراءة،فكشف الستر وقال: ألا إن كلكم مناجٍ ربه، فلا يؤذين بعضكم بعضا، ولا يرفع بعضكم على بعض في القراءة– أو قال: في الصلاة) (6)

---

**1- أنظر لسان العرب ،10 /49 والجرجاني،التعريفات ،89/1**

**2-القاسم ، هشام المدخل الى علم القانون ،ط2 ، الطبعة الحديثة دمشق 1985 ، ص 257**

**3- الزرقا ،مصطفى أحمد ، المدخل إلى نظرية الالتزام ،ط1 ،دار القلم – دمشق ،1999م ، 11/2**

**4- ابن منظور ،لسان العرب ،245/9**

**5- السلمي ،أبو البقاء تاج الدين (ت 805ه) ، الشامل في فقه الإمام مالك ، 702/2**

**6-سنن أبي داؤد ،38/2 (قال الألباني صحيح ،،صحيح أبى داؤد– الأم 77/5)**

ووجدت عبارة التعسف في استعمال في فتاوى السغدي(1) المتوفى سنة (461 هـ 1068 م) وهذا يعني أن مصطلح التعسف موجود في الفقه الإسلامي قبل ما يزيد على تسعمائة عام وليس من اصطلاح الغرب .(2)

وأعود إلى اثر العرف في التعسف الذي نصت عليه المادة ( 66) من القانون المدني

1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع

2- يكون استعمال الحق غير مشروع :

أ- إذا توفر قصد التعدي .

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر .

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة

وبما أنه من الثابت أن العرف وجد ليحقق مصالح الناس المشروعة ،فإن الفقرة (د)من المادة السابقة تعتبر موافقة ومؤكدة لما ورد في الفقرة (ب) من أنه إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة ، فإن ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق وموجبا للضمان .

يقول ابن رجب في جامع العلوم والحكم :

:

"من تصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره فإن كان على **غير الوجه المعتاد** ، مثل أن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف ، فيحترق ما يليه ، فإنه متعد بذلك ، وعليه الضمان ، وإن كان **على الوجه المعتاد** ، ففيه للعلماء قولان مشهوران : أحدهما : لا يمنع من ذلك ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما . والثاني : المنع ، وهو قول أحمد ، ووافقه مالك في بعض الصور ؛ فمن صور ذلك : أن يفتح كوة في بنائه العالي مشرفة على جاره ، أو يبني بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستره ، فإنه يلزم بستره ، نص عليه أحمد ، ووافقه طائفة من أصحاب الشافعي ، منهم الروياني قال في كتاب " الحلية " : يجتهد الحاكم في ذلك ، ويمنع إذا ظهر له التعنت وقصد الفساد قال : وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر" .**(3)**

---

**1- أبو الحسن (علي بن الحسين بن محمد السغدي: فقيه حنفي. (ت 461 هـ 1068 م) أصله من السغد (بنواحي سمرقند) سكن بخارى، وولي بها القضاء، وانتهت إليه رياسة الحنفية. ومات في بخارى. له «النتف في الفتاوى، و شرح الجامع الكبير) (الزركشي ، الأعلام ،279/4)**

**2-السغدي ، فتاوى السغدي(790/2)**

**3- -ابن رجب ، جامع العلوم والحكم 217/2 تحقيق شعيب الأرناؤوط**

والقاعدة العامة عند الإمام مالك كما جاء في المدونة :

" ليس للجار أن يُحدث على جاره ما يضره وإن كان الذي يُحدث في ملكه ".**(1)**

وعبر عن ذلك ابن قدامة في كتابه الكافي في فقه الإمام أحمد بقوله :

"ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره، نحو أن يبني حماماً بين الدور، أو مخبراً بين العطارين، أو يجعله دار قصارة تهز الحيطان، أو يحفر بئراً تجتذب ماء بئر جاره؛ لقول النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «لا ضرر ولا ضرار» ولأنه تصرف يضر بجيرانه، فمنع منه، كالدق الذي يهز الحيطان.وليس له سقي أرضه بما يهدم حيطانهم، وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره، فعلى الأعلى بناء سترة بين ملكيهما، ليدفع عنه ضرر نظره إذا صعد سطحه" **(2).**

ويذكر السغدي بض التطبيقات على تجاوز المعتاد في استعمال الحق بقوله:

"ومن يشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك **في أحوال عادية** فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان. **(3)**

وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقياً عادياً، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان، وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد". **(4)**

:

فهذه نصوص واضحة من أقوال الفقهاء تدل على منع التعسف ديانة وقضاءً ،وقد جرى العمل بها في الشرع والقانون المدني وطبق ذلك في قانون البلديات ففصلت المناطق الصناعية عن التجارية وكذلك مناطق الحدادين والنجارين وغيره ،حيث أصبح هذا عرف قانونياً مطرداً في المجتمع .

ومن ابلغ ما قرأت في موضوع التعسف ما ذكره صاحب كتاب الشامل في فقه الإمام مالك قال:

وروي: إباحة توسعة مسجد من طريق بلا ضرر، وأمر بانيه بسترة على سطحه إن كشف جاره ولا يصلى فيه حتى تكمل سترته **(5)**

وأوضح الدكتور وهبة الزحيلي أثر العرف كمعيار في الحكم على من استعمل حقه هل يعتبر متعسفاً أم لا،وهو يشرح بذلك المادة (6) من القانون المدني السوري التي تتوافق مع المادة (66)من القانون المدني الأردني ،إلا أن المشرع السوري استبعد تجاوز العرف والعادة كمعيار من وبين الشيخ الزحيلي وهو يشرح القاعدة الرابعة من قواعد التعسف في استعمال الحق وهي :

---

**1 -الإمام مالك ، المدونة 408/3**

**2- ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام احمد 2/ً123**

**3-السغدي ، فتاوى السغدي 791/2**

**2- أنظر الرملي ،نهاية المحتاج 355/7-356**

**5-السلمي ، الشامل في فقه الإمام مالك 702/2**

معايير التعسف ، حيث نصت المادة (6) مدني سوري **(1)**على التالي :

يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

ـ الاستعمال **غير المعتاد** وترتب ضرر للغير- القاعدة موجودة في القانون الأردني وغير موجودة في القانون السوري - يقول الزحيلي: إذا استعمل الإنسان حقه على نحو **غير معتاد في عرف الناس،** ثم ترتب عليه ضرر للغير، يعد متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والمتأذى به، واستئجار منزل، ثم ترك الماء يسيل في جدرانه وقتاً طويلاً، أو استئجار مركبة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ثم يضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.**(2)**

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر من خلال الفضاء. كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده

:

في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر، فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرناً يتأذى الجيران بدخانه، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف .**(3)**

وتعقيباً على ما ذكره الشيخ الزحيلى من صور في التعسف في استعمال الحق الذي محله تجاوز العرف والعادة في ذلك ، فلم يخرج من ما قرره الفقهاء من نظائر الصور التي ذكرها ،إلا أن عدم الضمان في الاستعمال المعتاد ليس على إطلاقه ومنها مسألة الطبيب الذي يجري عملية جراحية معتادة فيموت المريض ، فهذه ليست مما يسلم به لا في العرف ولا في القانون .فهل من يقود سيارة بسرعة معتادة بل وأقل من المعتاد ويدهس إنساناً أو حيواناً ذا قيمة لا يضمن عرفاً وقانوناً ؟ الجواب يلزمه الضمان.

---

**1- القانون المدني السوري - المرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949**

**2- أنظر الزحيلي ، وَهْبَة بن مصطفى ،الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّته ،ط4 : دار الفكر - دمشق2870/4 -2871**

**3- المرجع السابق**

## المبحث الثاني : أثر العرف في مصادر الحقوق الشخصية (العقد)

### أثر العرف في أحكام العقد

ويحتوي على أربعة مطالب :

### المطلب الأول- الألفاظ التي تصلح لإنشاء العقد عرفا حسب المواد التي ذكرها القانون.

في هذا المطلب تبين المادة (91) أثر العرف في الألفاظ التي تستعمل في إنشاء العقود وبالرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي فلا يوجد لفظ محدد لإنشاء العقد ، وذلك لأن العلة في إنشاء العقود هي التراضي ويحصل بالألفاظ المتعارفة بين الناس وهي لا حصر لها كما يقول الفقهاء، وهذا محل اتفاق بين جمهور الفقهاء والقانون، وفيما يلي بيان ذلك

**المادة** 91 :1- الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية فقد نصت على أنه رجع في مصدر هذه المادة إلى ما ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين من أن الأساس في صيغة إنشاء العقود أن تكون دالة في عرف المتعاقدين على الإرادة في إنشاء العقد **(1)**

:

يقول الأنصاري في أسنى المطالب : من شروط صحة العقد (الصيغة) قال الإمام(ابن المقري) :لا حصر لصرائحه والرجوع فيه إلى العرف (فاعتبر أي لفظ يدل عليه) **(3)**

ويقول النووي في روضة الطالبين:

" قال مالك - رضي الله عنه : ينعقد (البيع) بكل ما يعده الناس بيعا، واستحسنه ابن الصباغ **(4)**.

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 1/98-99**

**2- (ابن المقري) ((755 - 837 هـ ) إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله بن إبراهيم الشاوري اليمني: باحث من أهل اليمن. و (باليمن) مولده فيها. والشاوري نسبة إلى بني شاور (قبيلة) أصله منها. تولى التدريس بتعز وزبيد، وولي إمرة بعض البلاد، في دولة لأشرف، ومات بزبيد. له تصانيف كثيرة منها (عنوان الشرف الوافي في الفقه والنحو والتاريخ والعروض والقوافي ) و (ديوان شعر ) و (الإرشاد ) في فروع الشافعية، اختصر به الحاوي )) أنظر. الشوكاني ،البدر الطالع 1/ 142**

**3- الأنصاري ، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت926ه) أسنى المطالب 3/2**

**4- ابن الصباغ ،عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد، أبو نصر، ابن الصباغ(ت)400- 477: فقيه شافعيّ. من أهل بغداد، ولادة ووفاة. كانت الرحلة إليه في عصره، وتولى التدريس بالمدرسة النظامية أول ما فتحت. وعمي في آخر عمره. له " الشامل في الفقه، " تذكرة العالم " و " العدة " في أصول الفقه (طبقات الشافعية 3: 230)**

قلت: (الكلام للنووي)هذا الذي استحسنه ابن الصباغ، هو الراجح دليلا، وهو المختار؛ لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ " **(1)**

وقال ابن مفلح في المبدع في شرح المقنع وهو يشرح الإيجاب والقبول في صحة البيع :

" فوجب رده إلى العرف كالقبض والحرز، ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه استعمال (لفظ) إيجاب وقبول في بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلا شائعا ، والإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والمعاطاة قام مقامهما، وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه".(2)

**المادة** 93:

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي "

وبينت المذكرات الإيضاحية أن أحكام هذه المادة مدونة في كتب الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية ،وأحالت التفسير إليها.**(3)** إلا أن الشافعية خالفوا في ذلك ولهم في المسألة قولان أحدهما بطلان بيع المعاطاة(4) الذي عبر عنه القانون بالمبادلة الفعلية ،أما إشارة الأخرس فلها أحكامه عند الفقهاء ،يقول الشربيني في مغني المحتاج وهو يشرح شروط صحة المساقاة :

:

"وتصح بإشارة الأخرس المفهمة ككتابته (دون تفصيل الأعمال) فيها، فلا يشترط التعرض له في العقد، (ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب) فيها في العمل، إذ المرجع في مثله إلى العرف" **(5)**

واعتبر المالكية أن إشارة الأخرس تقوم مقام العبارة يقول الحطاب في مواهب الجليل:

"إشارة الأخرس كلفظه " **(6)**

وفي تعبير للدسوقي في الحاشية على الشرح الكبير : إشارة الأخرس تنزل منزلة العبارة **(6)**

---

**1- النووي ، روضة الطالبين: . 339/3**

**2- ابن مفلح ،المبدع في شرح المقنع 6/4**

**3- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 1/ 101**

**4-ابن الرفعة ، كفاية النبيه ، 377/8، و الدميري ، النجم الوهاج ،9/4 ،و الشربيني ، مغني المحتاج 326/2**

**5- الشربيني ،مغني المحتاج 431/3**

**6- الحطاب ،مواهب الجليل 47/5**

**7- الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير 399/3**

**المطلب الثاني**: **أثر العرف في الغلط في العقد**

أدرجت مادة الغلط في العقد تحت عيوب الرضا في شروط العقد ، وتضمن نص المادة الرجوع للعرف باعتبار وجود الغلط في صيغة العقد ،ولكن هذا الرجوع جاء كخيار أخير بعد ضوابط محدده نصت عليها المادة (151) ،والعرف يتلاشى أثره إذا وجدت مثل هذه الضوابط .

**المادة** 151 : "لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو **العرف** "

**الفرع الأول : تعريف الغلط في القانون**

"وهم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع " **(1)**

الفرع الثاني : **تعريف الغلط في الفقه الإسلامي**

أما مفهوم الغلط في اصطلاح جمهور الفقهاء يأتي مساويا للفظ الخطأ ،كما عبرت بذلك الموسوعة الفقهية الكويتية **(2)**

"وهو أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدا تاما " (3)

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية **(4)** فقد فسرت ما جاء في المادة السابقة من ضوابط اعتبار الغلط في العقد كالآتي

:

...القاعدة العامة المستنبطة من فروع الفقهاء أن الاعتداد في العقود بالعبارة لا بالنية ، وإن النية إذا لم يقم عليها الدليل في الصيغة لا اعتداد بها . وعلى ذلك فالغلط إذا كان باطنيا فقط لا يترتب عليه حكم . اما إذا كان ظاهريا فإنه يؤثر في العقد ، وبينت المذكرات الإيضاحية أهم ضوابط اعتبار الغلط وهي1- ما تضمنت صيغة العقد :وهي كشف العاقد الصريح عن الإرادة وذلك بأن يعين العاقد الأول للعاقد الآخر الشيء المعقود عليه تعيينا نافيا للجهالة وان يذكر له جميع الأوصاف التي يشتمل عليه الشيء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد وفي البيع على البرنامج ( عند الملكية )**(5)**

---

**1- سلطان ،/ أنور ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ص 87**

**2- الموسوعة الفقهية الكويتية ،وزارة الأوقاف ، الكويت (129/19)**

**3-التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793هـ) شرح التلويح 288/3**

**4- المذكرات الإيضاحية المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ، 1/ 144**

**5- البرنامج : دفتر مكتوب فيه صفة ما في الوعاء من الثياب المبيعة، دون ان يراها المشتري والجواز للضرورة، أي لما في عرض البضاعة من الحرج والمشقة على البائع، فأقيمت الصفة مقام الرؤية.(أنظر،بداية المجتهد ،174/3،و مناهج التحصيل ،366/6)**

يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية في شأن المبيع بان تذكر أوصافه .

2 - ما دلت عليه الملابسات وظروف الحال

هي استخلاص الإرادة ضمنا من الملابسات والظروف وفي هذه الحالة يكون في استطاعة العاقد الأخر أن يعلم بالإرادة الحقيقية فيعلم بالغلط فمن اشترى عبدا شهرته انه خباز أو كاتب فوجده المشتري على غير ذلك كان بالخيار ولو لم يصرح في العقد بالوصف المرغوب فيه إذا فهو مفهوم ضمنا من الملابسات .

3 - طبائع الأشياء

هي استخلاص الإرادة ضرورة من طبائع الأشياء إذ قد تستخلص الإرادة دلالة ، ومن صور ذلك اتجاه الإرادة إلى خلو الشيء من العيب إذ طبيعة الشيء أن يكون الشيء سليما فإذا ظهر في المبيع عيب كان للمشتري خيار العيب ويصفه صاحب البدائع بأنه ( خيار ثابت بالشروط دلالة ) .

4 - العرف

وقد رئي النص(أن ينص) بصراحة عن العرف من باب المزيد في الإيضاح .(1)

وأحالت المذكرات الإيضاحية تفسير هذه الفقرات من المادة **(151)** إلى الفقه الحنفي والمالكي حيث جاء في البيان والتحصيل :

:

" إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه، مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة، فيشتري المشتري، فيجدها غير ياقوتة، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة فيبيعها منه، ثم يعلم البائع أنها ياقوتة، فلا اختلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري، وأن البيع لا يلزم البائع".**(2)**[1]

وبين الكاساني بأن الغلط يلحق بالعدم بقوله :

ولو قال شخص أوصي بثلث مالي لبني (عمرو) السبعة فإذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم؛ لأنه جعل الثلث لبني(عمرو) ثم وصف بنيه، وهم خمسة بأنهم سبعة غلطا فيلغو الغلط، ويلحق بالعدم كأنه لم يتكلم به **(3)**

**المطلب الثالث**: **أثر العرف في العقد نفاذ العقد**

أدرجت المادة (173) ضمن مواد العقد الموقوف ، ومحل البحث هل سكوت المتعاقد يعتبر إجازة أم لا ؟ وما دور العرف في هذا . والمقرر في الفقه والقانون أن الأصل في إجازة العقد هو التصريح قولاً أو فعلاً أو دلالة كما نصت عليه الفقرة **(1)** من المادة 173 كما يلي

**المادة** 173 :

1- تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

2- ويعتبر السكوت إجازة إن دل على **الرضا عرفا** .

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية فذكرت أنه رئي في مشروع القانون الأخذ بالمذهب المالكي من حيث المبدأ ،وترك للقاضي أن يستنتج الرضا من واقع الدعوى حسب أعراف الناس وكما هو مقرر في المذهب الحنفي **(1)**

والسكوت جاء على خلاف الأصل ، وفقاً للقاعدة المشهورة

(لا ينسب إلى ساكت قول والسكوت في معرض الحاجة بيان)(المجلة /مادة 67)

---

**[1] المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،144/1**

**2- ابن وشد ، البيان والتحصيل ، 343/7**

**3-أنظر الكاساني ،البدائع ،381/7**

:

والمسالة المشهورة في الفقه الإسلامي هي سكوت الفتاة البكر عند طلبها للزواج يعتبر دلالة على الرضا .

وقال الشيخ مصطفى الزرقا هذه من المسائل المبنية على العرف وهي قابلة للدوران معه **(2)** ومحل ذلك في الأحوال الشخصية وليس القانون المدني .

وذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر قاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول "

ومثل على هذه القاعدة : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذنا بإتلافه **(3)**

وجاء في البيان والتحصيل :

" اختلِف في السكوت هل يعد إذنا في الشيء وإقرارا به أم لا على قولين مشهورين في المذهب منصوص عليهما لابن القاسم في غير ما موضع من كتبه: أحدهما هذا: أنه إذن، والثاني: أنه ليس بإذن، وهو قول ابن القاسم أيضا في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح وفي سماع أصبغ من كتاب المدبر".**(4)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية 1/ 196**

**2- الزرقا ، مصطفى أحمد ،المدخل الفقهي العام 893/2**

**3- ابن نجيم الأشباه والنظائر 129/1**

**4- ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت520هـ)البيان والتحصيل 343/7**

ويرجح ابن رشد حكم العرف في دلالة السكوت على الرضا من عدمه فيقول :

" وأظهر القولين أنه ليس بإذن؛ لأن في قول النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»**(1)** دليلا على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت ".**(2)**

وقد أجمعوا ( الكلام لابن رشد ) على ذلك في النكاح، فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما **يعلم بالعرف والعادة** أن أحدا لا يسكت عليه إلا راضيا به فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به **(3)**

ويظهر دور العرف هنا أن السكوت يدل على الرضا أو خلاف ذلك .

يقول السرخسي في المبسوط :

لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يسقط الضمان **(4)**

وذلك لأن أسباب السكوت في عرف الناس كثيرة واغلبها لا يدل على الرضا إلا في الأمور اليسيرة فمن رأى تصرفا يتعلق به ضرراً مادياً أو معنويا وسكت لا يعني الرضا عرفاً على الأغلب ،فقد يرى اللجوء للقضاء بدلاً من التصريح بالرفض ،وقد يكون خائفاً كمن يرى لصاً يدخل منزله ليلاً

:

ويسرق ماله وقد يكون السكوت قرينة إكراه على عدم التصريح بالنسبة للفتاة البكر في أيامنا هذه في حالات التسلط في التربية

**المادة** 177 :

في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ يجوز للعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها فإن لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف .

---

**1- صحيح مسلم ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت ،1036/2**

**2- ابن رشد ،البيان والتحصيل، 427/10**

**3- ابن رشد ،المرجع السابق**

**4- السرخسي ،المبسوط ، 12/25**

**المطلب الرابع**: **أثر العرف في مستلزمات العقد**

**المادة** 202:

1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية

1- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون **والعرف** وطبيعة التصرف

تحدد هذه المادة المصادر التي تلزم المتعاقد بمستلزمات العقد وهي

1- القانون

2- العرف

3- طبيعة التصرف

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية فقد أكدت ما ورد في المادة السابقة من الرجوع للعرف في بيان مستلزمات العقد والاسترشاد به في الفقه الإسلامي في تحديد نطاق العقد **(1)** .

:

يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام :

" الحكم بمقتضيات الألفاظ في البيع، كقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا ولم يزد على هذا فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار **وهذا بحكم العرف**، ولفظ الشجر والدار يشمل الثوابت: كالأبواب والرفوف والسلم المسمر والأشجار التي في الدار"**(2)**

ويقول الكاساني في توابع العقد في كتاب الإجارة :

" إن توابع العقود التي لا ذكر لها صريحاً في العقود تحمل على عادة كل بلد " **(3).**

ففي العصر الحاضر من اشترى سيارة دخل فيها عُدّتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر في العقد **للعرف** المتداول والعادة الجارية، إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك .

ويقرر السرخسي الرجوع للعرف في توابع عقد الإجارة بقوله :

"والمرجع في ذلك إلى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الإجارة فإن ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة " **(4)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية 229/1-230**

**2- ابن فرحون ،تبصرة الحكام ، 70/2**

**3-الكاساني ، بدائع الصنائع ،209/4**

**4- السرخسي ، المبسوط ،121/15**

وذكر الجويني حمل المطلق على المقيد بالعرف بقوله :

"لا شك أن حمل المطلق من البيع في الثمار التي لم يَبدُ الصلاح فيها على المقيّد بشرط التبقية مأخوذ من العُرف "(1).

والوجه في هذا عندنا أن يقال: كل ما يتعلق بتوابع العقودِ من التسليم، والقطع، والتبقيةِ، وكيفيةِ عمل البهيمة المكراةِ، والمقدارِ الذي تَطوي في كل يوم، فهذه التوابع منزَّلةٌ على العرفِ، " **(1)**

**المادة** 239 :

1- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين **وفقا للعرف الجاري في المعاملات**

:

**شرح المادة :**

تبين هذه المادة مراحل تفسير العقد ،وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ،فإذا كان نص العقد واضحاً فلا مجال للحديث عن تفسيره ، و يلتزم القاضي بتطبيق نصوص العقد وشروطه و أحكامه .

أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيلجأ القاضي إلى تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ . و المراد بالنية المشتركة هو ما أراده المتعاقدان فعلاً .وفي حال تعارض الإرادة الحقيقية مع المعنى الحرفي للألفاظ ، ترجح الإرادة الحقيقية .

والقانون المدني الأردني تناول تفسير العقود ابتداءً من المادة (213) إلى المادة (240) وذلك من خلال قواعد فقهية مصدرها الفقه الإسلامي، منها ستة مواد تنص على تأثير العرف في العقود ومن هذه المواد :

المادة 213 /مدني أردني

(الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد)

1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

---

**1- الجويني ،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ) نهاية المطلب في دراية المذهب ، 143/5**

2- والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي

المادة 215 :1- لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح

المادة 216 :(إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل .)

المادة 217 : (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله)

المادة 218 : (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلاله)

المادة 219 :الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر

المادة 220 : - العادة محكمة عامة كانت أو خاصة

3- تترك الحقيقة بدلالة العادة

المادة 223 :

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

:

المادة 224 :

المعروف عرفا كالمشروط شرطا

المادة 225 :

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

المادة 226 :

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص :

وجميع هذه القواعد مصدرها الفقه الإسلامي ،ويمكن توجيهها في تفسير العقود والدلالة على إرادة المتعاقدين .

إلا أنه لا يرجع للعرف كما نصت عليه المادة (2/239) إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين

يقول ابن حجر الهيتمي:

"والعرف إنما يعمل في إزالة الإبهام لا في تغيير مقتضى الصرائح" **(1)**

---

**1- الهيتمي، ابن حجر ، الفتاوى الفقهية الكبرى ،245/3**

## المبحث الثالث :مدى الرجوع للعرف في آثار الحق

### المطلب الأول :الوفاء بالحق

المادة التالية تبين إجراءات الوفاء بالدين إذا رفض الدائن دون مسوغ قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، وقد وضعها المشرع تحت باب آثار الحق/ الفصل الثاني (وسائل التنفيذ الاختياري ) ومحل البحث بيع محل الوفاء بالدين **بالسعر المعروف** في السوق كأحد وسائل الوفاء وهذا نص المادة وتفسيره .

**المادة** 325 :

:

" إذا كان محل الوفاء شيئا يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته جاز للمدين بعد استئذان المحكمة، أو دون استئذانها عند الضرورة أن يبيعه **بسعره المعروف** في الأسواق فان تعذر ذلك فبالمزاد العلني ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه ".

وجه الدلالة من المادة السابقة

هذه المادة تبين أحد وسائل الوفاء بالدين وذلك بالرجوع للعرف في سعر بيع محل الوفاء بالدين حسب الظروف والمراحل التالية

1- أن يكون محل الوفاء شيئا يسرع إليه التلف .(كالخضار والفواكه واللحوم والطعام )

2- أن يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته

3- استئذان المحكمة في البيع في الحالتين السابقتين

4- عدم استئذان المحكمة عند الضرورة

5- البيع بالسعر المعروف في الأسواق

6-إذا تعذر البيع بالسعر المعروف فيتم البيع بالمزاد العلني.(وقد يكون البيع بأقل من السعر المعروف في الأسواق)

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية فإنها لم تحيل تفسير هذه المادة إلى مجلة الأحكام العدلية ولا إلى أي من مصادر الفقه الإسلامي ، وإنما أشارت المذكرات إلى الأعمال التحضيرية في بعض القوانين العربية كالقانون المصري والسوري والعراقي . **(1)**

ولم أعثر في كتب الفقه الإسلامي على نظير لهذه المسألة القانونية من حيث الشكل ، أما المضمون فقد ذكره الفقهاء في عقد السلم فيما إذا أحضر المدين محل السلم على الوجه الصحيح

---

**1- المذكرات الإيضاحية 1،/372**

فعلى الدائن قبوله ولا يجوز له رفضه دون مبرر مشروع ، وإذا أصر على رفضه يرفع الأمر للقاضي فيطلب من الدائن قبول المسلم فيه أو إبراء المدين .

يقول ابن قدامة في المغني :

"ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة، أي أن يحضره في محله، فيلزمه (أي الدائن) قبوله؛ لأنه أتاه بحقه في محله، فلزمه قبوله، كالمبيع المعين، وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن. فإن أبى، قيل له: إما أن تقبض حقك، وإما أن تبرئ منه. فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليه للمسلم، وبرئت ذمته منه؛ لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته، وليس له أن يبرئ؛ لأنه لا يملك الإبراء ".**(1)**

:

**1- ابن قدامة ، المغني ،231/4 وأنظر البهوتي ، كشاف القناع ،302/3**

## المطلب الثاني :أثر العرف في عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

يتناول هذا المطلب إثر العرف والعادة في المقدار المسموح به في تبرعات من أحاط الدين بماله أو ساواه ، وذلك لأن ما بحوزته من مال ليس ملكاً له حكما وبالتالي فهو يتبرع من حقوق الدائنين و لا خلاف في الفقه والقانون أن سداد الدين أولى من التبرع ، والشريعة الإسلامية أكثر تشدداً من القانون في المحافظة على حقوق الدائنين فمن مات وعليه دين لا يصلى عليه إلا أن يتعهد ورثته أو غيرهم بسداد دينه ،**(عن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل: «هل ترك لدينه من قضاء؟» فإن حدث أنه ترك وفاء، صلى عليه، وإلا، قال: «صلوا على صاحبكم ) (1)**

وفيما يلي نص المادة القانونية في منع تبرعات من أحاط الدين بماله ومقارنتها بالفقه الإسلامي :

:

**المادة** 370:

" إذا أحاط الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين بان زاد عليه أو ساواه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه **ولم تجر العادة به** وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه ".

وبالرجوع للمذكرات الإيضاحية فقد أشارت إلى أنه اعتمد المذهب المالكي في مصدر هذه المادة وتفسيرها **(2)** والذي يظهر في صياغة المادة أيضاً الرجوع للمذهب المالكي .

وحول ما ورد في المذهب المالكي في حكم هذه المسألة يبين ابن رشد في بداية المجتهد بقوله :

" لا يجوز للمدين إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه، ومما لا تجري العادة بفعله. وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه؛ لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع، وإن لم يكن بعوض، كنفقته على الآباء المعسرين، أو الأبناء، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله؛ لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية، والنفقة في العيد، والصدقة اليسيرة، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج، والنفقة على الزوجة."**(3)**

ويقول صاحب مناهج التحصيل :

ولا خلاف في المذهب أيضًا أن تصرفه (المدين)في المعارف(أفعال الخير بمعنى المعروف) في ماله كالهبة، والصدقة، لا يجوز، وأن للغرماء رد ذلك وفسخه. **( 4)**

---

**1- صحيح مسلم ، باب من ترك مالا فلورثته ،1237/3**

**2- المذكرات الإيضاحية 413/1**

**3-ابن رشد ، بداية المجتهد ، 68/4**

**4- الرجراحي ، أبو الحسن علي بن سعيد (ت بعد 633هـ) مناهج التحصيل ، 184/8**

وبين الصاوي في حاشيته ما جرت العادة بالتبرع به بقوله :

"من أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال: الأولى قبل التفليس: وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة

[مما لم تجر العادة بفعله] : أي وأما ما جرت به العادة ككسرة لسائل وضحية ونفقة ابنه وأبيه دون سرف في الجميع فلا يمنع منه " **(1)**

واعترض العبدري في منح الجليل على من يجيز حج الفريضة لمن أحاط الدين بماله فيقول

"واعجب من تردد ابن رشد في حج الفريضة والمنقول عن الإمام مالك أنه لا يحج الفريضة الإ أن يكون عنده مقدار وفاء الدين ويتسع وجده للحج " **(2)**

:

وخالف في ذلك صاحب الفتاوى الفقهية الكبرى فأجاز تبرع المدين مطلقا قبل الحجر معتبراً أن هذا الراجح من المذهب الشافعي ،والقول عنده ببطلان تبرعات المدين إذا لم يكن يرجو لدينه وفاء (3)

**وجاء في المادة (333): تجاري أردني**

1 – تكون التصرفات الآتية باطلة حتماً بالنسبة إلى كتلة الدائنين إذا قام بها المدين بعد تاريخ توقفه عن الدفع كما عينته المحكمة أو في خلال العشرين يوماً السابقة لهذا التاريخ:

أ . التصرفات والتفرغات المجانية باستثناء الهدايا الصغيرة المعتادة .

ويلاحظ أن القانون التجاري الأردني وافق القانون المدني في جواز التبرعات المعتادة كالهدايا الصغيرة ، وهذا ينطبق في عصرنا الحاضر على ما يتبادله الناس من هدايا رمزية في المناسبات الاجتماعية لا تتجاوز قيمتها العشرة دنانير على وجه التقريب فهذا مما لا ينكر عرفاً على المدين فهي تلزمه في العرف على سبيل الرد أي إذا قدم له مثلها سابقاً .

وتعقيباً على ما ذكره السادة المالكية في اعتبار الأضحية من النفقات اليسيرة فذلك في عرفهم وواقعهم ، لأنهم ارجعوا دليل المسألة إلى العرف أما تطبيقه فيتغير حسب أحوال الناس وعاداتهم ، وفي واقعنا وعرفتا اليوم أن الأضحية ليست من النفقات اليسيرة ،بل إن من يريد الأضحية من أصحاب الدخل المتوسط (مثل الموظف العام) فإنه يحتاج أن يرتب أمره المالي قبل شهور من عيد الأضحى ، فهي إضرار بحقوق الدائنين فيمنع منها بحكم العرف .

---

**1 الصاوي ،حاشية الصاوي على الشرح الصغير 3454/3- المواق ،التاج والإكليل ،597/6**

**2- عليش ،منح الجليل، 15/6**

**3- الهيتمي،الفتاوى الفقهية الكبرى ،25/3**

أما عن القول بأن الأضحية سنة ،فلو سلمنا بذلك فهناك ما هو ما أعلى مرتبة منها في التكليف واسقط الفقهاء وجوبه ،فالراجح من أقوال المالكية أن من أحاط الدين بماله لا يلزمه حج الفريضة ، وإسقاط الأعلى يدل على إسقاط الأدنى في التكليف الشرعي كما يفهم من دلالات الألفاظ على الأحكام.

:

## المبحث الرابع : أثر العرف في عقود التمليك

### المطلب الأول: أثر العرف في أحكام البيع

يحتوي هذا المبحث على سبع مواد تحيل بعض الأحكام إلى العرف وما جرت به العادة ،وذلك إذا أطلق العقد أو سكت المتعاقدان عن المشارطة لأن الاتفاق يقدم على العرف كما ذكرت سابقاً وكما تؤيده نصوص القانون ، وتوضح نصوص القانون الواردة في هذا المبحث مدى الرجوع للعرف في تجربة المبيع -وهو ما يتدرج تحت خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، وكذلك أثر العرف في الانتفاع في المبيع والتعجيل في الثمن حال إطلاق العقد ، ومكان التسعير ،وكذلك تحكيم العرف في

:

توابع المبيع ، وإرسال المبيع للمشتري ، وحكم العرف في العيوب المؤثرة وغير المؤثرة في المبيع وهذا كله محل توافق بين الفقه والقانون . وبيان ذلك كما يلي .

**الفرع الأول - أثر العرف في مدة تجربة المبيع إذا كان العقد مطلقاً**

**المادة** 470 :

1- يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فان سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على **المدة المعتادة** .

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية فقد أفادت أن المرجع في هذه المادة هو المذهب المالكي **(1)** وهذا يدل على أن جمهور الفقهاء لهم رأي آخر قد لا يتفق مع ما ذهب إليه المالكية .ولنستعرض بعض أقوال المالكية في إثبات الرجوع للعرف في مدة تجربة المبيع لمعرفة مدى توافق ذلك مع القانون وبعد ذلك بيان موقف جمهور الفقهاء من المسألة .

جاء في شرح التلقين في حكم البيع المطلق عن مدة الخيار : " ومذهب مالك أنّ البيع صحيح، ويضرب من أمد الخيار الّذي أطلقاه ما جرت به العادة في اختبار جنس ذلك المبيع، وتحصيل الغرض الّذي من أجله شرط الخيار. وقدَّر أنّهما لمّا اشترطا الخيار ولم يؤقتاه، فكأنّهما اشترطا الميقات المعلوم قدْره من جهة العادة. فصار ذلك كاشتراط ميقات محدود بالنص عليه." **(2)**

إلا أن هذا ليس محل اتفاق في المذهب المالكي ، فعند القرافي إن أطلق الخيار حمل على ما يحتاج إليه من الأجل لأن الأصل حمل تصرف العقلاء على الصحة على حد قوله ، ومنهم من قال (أي فقهاء المالكية)يفسد العقد (3)

---

**1- المذكرات الإيضاحية 497/2**

**2-المازري ،شرح التلقين ،532/2 و المواق ،التاج ولإكليل ،309/6**

**3- أنظر القرافي ، الذخيرة ،26/5**

إلا أن جمهور الفقهاء وضعوا ضوابط في مدة الخيار حيث لم يكن العرف واحداً منها ، ناهيك عن الخلاف في جواز خيار الشرط من عدمه

فعند أبي حنيفة (1) والشافعي (2) أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك.

ويذكر النووي في المجموع مذاهب العلماء في شرط الخيار فيقول :

" وهو جائز بالإجماع واختلفوا في ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر وبه قال أبو حنيفة وعبد الله بن شبرمة وزفر والأوزاعي في رواية عنه وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن العنبري وأحمد ابن حنبل واسحق بن راهويه وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وداود وفقهاء المحدثين يجوز في كل شئ بقدر الحاجة فيه فيجوز في الثوب

:

ونحوه اليوم واليومان وفي الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة وفي الدار نحو الشهر ،وإذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت مذهبنا بطلان البيع لأن فيه غرر وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وقال أحمد واسحق البيع صحيح وأن الخيار باطل وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى البيع صحيح والشرط باطل ، وقال مالك البيع صحيح ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع والله أعلم " **(3)**

وبالنظر إلى ما تجري به العادة في زماننا بشأن خيار الشرط فالغالب في ذلك خيار المجلس وليس مدة الأيام وتعليل ذلك : أن الشائع في البيوع المعاصرة الاتفاق على الحقوق والواجبات بين البائع والمشتري من تجربة أو تروي في الثمن وغير ذلك كله قبل التنفيذ الذي يقتضي دفع رسوم تقدر بآلاف الدنانير قبل توثيق العقد وخاصة في بيع المساكن ، أما في بيع السلع قليلة القيمة فالعرف التجاري لا يقضي بجواز الفسخ بخيار الشرط وإنما التبديل بسلعة أخرى بنفس الثمن الأول

**الفرع الثاني ـ أثر العرف في استعمال المبيع في مدة التجربة**

**المادة** 476 :" لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على **الوجه المتعارف عليه** فإن زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع " .

**وفي الفقه الإسلامي** يتوافق رأي جمهور الفقهاء مع ما ذهب إليه القانون إلا عند بعض الشافعية فإنهم يرون جواز الانتفاع بالمبيع مدة الخيار

**جاء في أسنى المطالب** :" يجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع في زمن الخيار كركوب الدابة واستخدام الرقيق"**(4)**

---

**1- ابن مازة ، الفقه البرهاني 494/6 والشيباني المبسوط ،134/5**

**2 ـ النووي ،روضة الطالبين (3/ 457)، المجموع (9/ 242)، والأنصاري زكريا ،أسنى المطالب (2/ 53)**

**3- النووي ، المجموع ، 242/9**

**4- النصاري زكريا ، أسنى المطالب (2/ 53)**

وباستقراء آراء الفقهاء فيما يعتبر خروج عن ما تتطلبه التجربة ،قالوا إن هناك تصرفان من المشتري يبطل الخيار بأحدهما ويلزم البيع وهما :

1- تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك

2- كل فعل باشر المشتري في المشترى بشرط الخيار فعلاً لا يقصد منه الاختبار

وذكر ذلك صاحب المحيط البرهاني بقوله :

" والأصل فيه (أي البيع): أن كل فعل باشر المشتري في المشترى بشرط الخيار له فعلاً يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال فالاشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره، وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان أو يحتاج إليه إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال فإنه يكون

:

دليل الاختيار، وهذا لا يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال متى جعل دليل الاختيار، ويسقط خياره به أول مرة لا يفيد الخيار فائدة؛ لأن فائدة شرط الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان، فمتى لزمه البيع بفعل الامتحان أول مرة لا يمكنه الرد متى لم يوافقه فتفوت فائدة شرط الخيار حينئذٍ، ومتى فعل فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان لو جعل دليل الاختيار إلى أن تفوت فائدة الخيار فيسقط به الخيار".(1)

ومما تجدر الإشارة إليه أن خيار التجربة معللاً بالحاجة إلى دفع الغبن عن المشتري

وهذا ما ذكره المرغيناني في الهداية بقوله :

"الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن(2) "

فإذا تقرر هذا فإن الانتفاع بالمبيع أمد التجربة منافٍ للعلة التي شرع من اجلها وبالتالي يلزم البيع

يقول الكاساني في بدائع الصنائع :

" ولو كان المبيع دابة، فركبها، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة

ولو ركبها؛ لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره؛ لأنه لا بد له من ذلك للاختيار

ولو كان المبيع ثوبا، فلبسه؛ لينظر إلى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا، فلم يكن منه بد ولو كان المبيع دارا، فسكنها المشتري، أو أسكنها غيره بأجر أو بغير أجر، أو رم شيئا منها، أو جصصها، أو طينها، أو أحدث فيها شيئا، أو هدم فيها شيئا، فذلك كله إجازة؛ لأنه دليل اختيار الملك أو تقريره، فكان إجازة دلالة (3)

**1- ابن مازة ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ،( 498/6)**

**2- المرغيناني ، الهداية شرح المبتدي ،50/8**

**3- الكاساني ، بدائع الصنائع، 270/5**

ولو كان المبيع رحى، فطحن فيها، فإن هو طحن؛ ليعرف مقدار طحنها، فهو على خياره؛ لأنه تحقق ما شرع له الخيار، ولو دام على ذلك كان إجازة؛ لأنه لا حاجة إلى الزيادة للاختيار، فكان دليل الرضا بوجوب البيع.." (1)

ولم يختلف منهج الحنابلة عن الحنفية في اعتبار التصرف قي المبيع تصرف الملاك مسقطاً للخيار،وكذلك الانتفاع بالمبيع انتفاعاً لا يقصد به الاختبار ،حيث صرح بهذا ابن قدامة في المغني بقوله :

" ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك، بطل خياره، كإعتاق العبد، وكتابته، وبيعه، وهبته، ووطء الجارية، أو مباشرتها، أو لمسها لشهوة، ووقف المبيع، وركوب الدابة لحاجته، أو سفر، أو حمله عليها، أو سكنى الدار، ورمها، وحصاد الزرع، وقصل

:

منه(القصل جذور القمح والشعير)، فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع، ويبطل به خياره؛ لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء، وبدلالته ، فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع، ويبطل به خياره؛ لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء، وبدلالته " **(2)**

ولاشك أن العرف يندرج تحت الدلالة التي ذكرها ابن قدامة رحمة الله

يقول الخرشي في شرح مختصر خليل :

" واعلم أن الانتفاع بالمبيع بالخيار إن كان كثيرا فلا يجوز اشتراطه، ولا فعله بغير شرط، ولو كان لاختبار حال المبيع كركوب الدابة واستخدام العبد، وسكنى الدار"**(3)**

فإذا كان شرط الانتفاع بالمبيع في مدة التجربة لا يصح فكيف ينتفع بالمبيع حال السكوت عن ذلك وكذلك قيد التجربة واضح في هذه المسألة ، فالشرع والعرف والعقل لا يقبل أن يشتري أحد الناس سيارة ويطلب تجربتها نصف يوم ثم ينقل فيها ركاباً بالأجرة ،ولو أجيز ذلك لقضى الناس جميع حاجاتهم في هذه الأيام من مراجعة طبيب أو إنجاز معاملة في مؤسسة ما أو مشاركة في المناسبات الاجتماعية كل ذلك لتجربة المبيع (السيارة ) وعليه ينسحب استقدام الخادمات وغيرها من أنواع المبيع .

ووجدت كلاماً لابن المقري في مسألة الرد بالعيب ثم الانتفاع قبل الرد وهو كلام في غاية الدقة وأرى أن تقاس عليه مسألة الانتفاع بالمبيع مدة التجربة وهذا نص قول ابن المقري:

---

**1- الكاساني ، بدائع الصنائع 270/5**

**2- ابن قدامة ،المغني 487/3**

**3- الخرشي، شرح مختصر خليل ، 112/5**

" تأخير الرد بالعيب بلا عذر تقصير وكذا الانتفاع بالمبيع مدة العذر أو السير للرد وإن خف الانتفاع (كاستدعاء الشرب من العبد) أو نحوه فإنه تقصير يسقط به الرد والأرش بقيد زاده بحثا بقوله (إن سقاه) لإشعاره بالرضا ولأن فيه تأخيرا وهو بمجرده يسقط الرد فكيف إذا اجتمعا لكن ظاهر كلامهم السقوط وإن لم يسقه لذلك وقال ابن العماد أنه المتجه فإن ناوله الكوز ليشرب (بلا طلب) فتناوله منه لم يضر لأن وضعه في يد كوضعه على الأرض لكن رده إليه ولو قبل الشرب انتفاع **(1)**

:

1- **الأنصاري زكريا ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، 67/2**

**الفرع الثالث ـ أثر العرف في مكان تسعير المبيع**

**المادة** 478 :

"إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي **يقضي العرف** بأن تكون أسعاره سارية " .

وقد أرجعت المذكرات الإيضاحية حكم هذه المادة إلى ما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا عن فريق من الحنابلة في كتابه العقود المسماة .**(1)**

وبالنظر الفقهي إلى هذه المادة نلاحظ فيها شيئين مجهولين ،أحدهما جهالة السعر ،والثاني جهالة السوق ، والفقهاء مختلفون في جواز البيع بجهالة واحدة وهي جهالة السعر وقت التعاقد والرجوع للسوق لتحديد الثمن ،فما بالك بجهالة ثانية وهي عدم وجود سوق في زمان ومكان التعاقد .

:

وهذا تفصيل ما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة :

1- أن يكون سعر السوق معلوماً لدى المتعاقدين فهذا لا نزاع في جوازه

2- أن يكون سعر السوق مجهولًا حال التعاقد، فهل يصح البيع، ويرجع المتعاقدان إلى السوق، لمعرفة الثمن، أو لا يصح البيع؟ الفقهاء مختلفون في هذا والظاهر أن منشأ الخلاف هو أن البيع بسعر السوق أو بما يبيع الناس هل يفضي إلى المنازعة أم لا ؟ فذهبوا في ذلك إلى عدة أقوال :

**اولاً - الحنفية لهم في ذلك خمسة أقوال :**

**1- البيع موقوف :**

ذكره ابن نجيم في البحر بقوله :

"والبيع برقمه،( *وهو بيع السلعة بالرقم الذي عليها من غير أن يعلم المشتري بمقداره)* وبما باع فلان، وبمثل ما يبيع به الناس والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس " **(2)**

وهذا بعيد عن محل النزاع ،لأن سياق المادة (478) يشير إلى عدم القدرة على معرفة سعر السوق في مجلس العقد

**2- البيع فاسد**

يقول صاحب المحيط البرهاني : " إذا قال: أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس فهو فاسد " **(3)**

والعلة في ذلك عندهم جهالة الثمن

---

**1- المذكرات الإيضاحية 498/2**

**2 - ابن نجيم ، البحر الرائق، 75/6 وابن الهمام ،فتح القدير، 401/6**

**3- ابن مازة ، المحيط البرهاني ، 368/6 ، ونظام الدين ،الفتاوى الهندية، 127/3 و السمرقندي ، تحفة الفقهاء، 46/2**

**3- البيع باطل**

جاء ذلك في الدر المختار :

"والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم والبيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان إن علم في المجلس صح وإلا بطل"**(1)**

**4-البيع جائز في الأشياء التي لا تتفاوت آحادها**

وهذا كما جاء في الفتاوى الهندية :

"إذا قال أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس فهو فاسد ولو قال بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فإن علما مقدار ذلك وقت العقد فالبيع جائز وإن لم يعلما فالعقد فاسد فإن علما بعد ذلك وهما في المجلس ينقلب العقد جائزا ويتخير المشتري لأن ما يلزم المشتري من الثمن إنما ظهر في الحال وهذا **يسمى**

:

**خيار تكشف الحال** كذا في الذخيرة وفي شرح الشافي لو باع بمثل ما باع فلان إن كان شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم يجوز" **(2)**

وما قرره صاحب الفتوى الهندية من أن الخبز واللحم لا يتفاوت فإن جرت عادتهم بذلك ، فلا وجه لإقرار ذلك في عصرنا لان التفاوت في ذلك واضح .

**5- جواز البيع بأوسط الأسعار**

وهذا ما جاء في المحيط البرهاني :

"وهناك بيع جائز هاهنا، وإن كان ذلك مختلفاً فعليه وسط من ذلك، يريد به أن أجر مثل هذه الدابة يختلف باختلاف الأحوال قد تكون عشرة، وقد تكون بأكثر من عشرة، وقد تكون أقل من عشرة فعليه الوسط من ذلك نظراً من الجانبين ومراعاة كلا الطرفين. " **(3)**

**ثانياً ـ المالكية- اعتبروا ذلك من بيوع الغرر**

قال الكشناوي في كتابه أسهل المدارك :

" ومن الغرر المنهي عنه الجهل بالثمن، أي كما لا يجوز البيع لجهل المثمون كذلك لا يجوز إذا جهل مقدار الثمن، وذلك كقول البائع للمشتري: بعتك سلعتي هذه بسعر اليوم، أو بما يبيع الناس، أو بما يقول فلان" (4)

---

**1- الدر المختار ،112/5 ، الغيتابي ،البناية شرح الهداية 20/8**

**2- نظام الدين ،الفتاوى الهندية 127/3 وابن عابدين ،حاشية ابن عابدين 529/4 وابن الهمام ،فتح القدير 260/6**

**3- ابن مازة ،المحيط البرهاني ، 468/7**

**4- الكشناوي ،أسهل المدارك ،2 /252، و التلقين 151/2**

ويقول الباجي في المنتقى "

"ومن الجهالة في الثمن: أن يبيعه السلعة بقيمتها، أو بما يعطى فيها"**(1).**

**ثالثاً -مذهب الشافعية -**

قالوا بعدم جواز البيع بسعر السوق لما فيه من الغرر المانع من جواز العقد

جاء في كفاية الأخيار :

"لو قال بعتك بمثل ما باع فلان سلعته أو قال بعتك بالسعر الذي يساوي في السوق فلا يصح لوجود الغرر" **(2)**

**رابعاً- الحنابلة- لهم قولان في ذلك :**

**الأول** -عدم الجواز

يقول ابن مفلح في الفروع :

:

"ومن شروط صحة البيع معرفة الثمن ، فلا يصح برقم مجهول، أو بما ينقطع سعره، أو كما يبيع الناس" **(3)**

**القول الثاني عند الحنابلة : جواز البيع بسعر السوق**

البيع صحيح. وهو قول في مذهب الشافعية **(4)**، وفي مذهب الحنابلة، رجحه ابن تيمية

وذكر في المحرر في الفقه صور للمسألة مجملها الجواز فقال :

" بيع الشيء بالسعر أو بالقيمة (وهي معنى السعر) لها صور.

إحداها : أن يقول بعني كذا بالسعر وقد عرفا السعر فهذا لا ريب فيه.

الثانية : أن يكون عرف عام أو خاص أو قرينة تقتضي البيع بالسعر وهما عالمان فهذا قياس ظاهر المذهب صحته هنا كبيع المعاطاة مثل أن يقول زن لي من الخبز أو اللحم أو الفاكهة كذا وكذا وعرف هذا البائع أنه يبيع الناس كلهم بثمن واحد وكذا عرف أهل البلد فإن الرجوع إلى العرف في قدر الثمن كالرجوع في وصفه.

الثالثة : أن يتبايعا بالسعر لفظا أو عرفا وهما أو أحدهما لا يعلم فكلام الإمام أحمد يقتضي روايتين ووجه الصحة إلحاق ذلك بقيمة المثل في الإجارة إذا دخل الحمام أو قصر الثوب **(5)**.

---

**1- الباجي ،المنتقى ، 41/5**

**2- الموصلي ، كفاية الأخيار 237/1 ، وانظر النووي ، المجموع ، 333/9**

**3 - ابن مفلح ،الفروع، 155/6 ، البهوتي ،شرح منتهى الإيرادات، 18/2، والبهوتي ، كشاف القناع ،174/3**

**4-النووي، المجموع ، 333/9**

**5 - ابن تيمية ،المحرر في الفقه ، 300/1**

وفصل ابن القيم القول في المسألة مرجحاً الجواز ومجمل قوله :

أن هناك خلاف بين الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر دون تقدير الثمن وقت العقد، وصورة ذلك:

البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه في أوقات مختلفة أشياء معلومة ويحاسبه نهاية الأسبوع أو الشهر؛ فمنعه الأكثرون، وجعلوا القبض غير ناقل للملك، واعتبروه قبضاً فاسداً يجري مجرى المقبوض بالغصب؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد.

وكلهم إلا من شدد على نفسه يفعل ذلك، ولا يجد منه بدا، وهو يفتي ببطلانه .

والقول الثاني -: وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر - جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره ابن تيمية ويقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري، قال: والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم

:

تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل .

وأكثر المانعين يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل كالغسال، والخباز والملاح، وقيم الحمام ، والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل؛ فيجوز، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها؛ فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به. **(1)**

**أدلة المخالفين للبيع بسعر السوق :**

1- إن جهالة الثمن تؤدي إلى فساد البيع، والعلم بالثمن شرط لصحة البيع، كالعلم بالمبيع، والبيع بما ينقطع به السعر، أو بما باع به فلان، والبائعان يجهلان ما باع به، أو يجهله أحدهما، فهذه البيوع في حقيقتها بيع بثمن مجهول وقت العقد، وإذا كان الثمن مجهولًا أدى ذلك إلى الوقوع بالغرر المنهي عنه.

2- سعر السوق متقلب ومعرض للزيادة والنقصان ،فإن ارتفع السعر ظلم المشتري وإن نقص ظلم البائع .(2)

---

**1- أنظر ابن القيم ، إعلام الموقعين ، 5/4**

**2- أنظر الدر المختار ،112/5 ،و الغيتابي ،البناية شرح الهداية 20/8 و الكشناوي ،أسهل المدارك ،2 /252، و التلقين 151/2 و الموصلي ، كفاية الأخيار 237/1 ، وانظر النووي ، المجموع ، 333/9 و3 - ابن مفلح ،الفروع، 155/6 ، والبهوتي ، كشاف القناع ،174/3**

**ومن أدلة القائلين بالجواز :**

**1**- شرط صحة البيع حصول الرضا، ورضا المشتري بالشراء بما يشتري به عموم الناس حاصل أكثر من حصوله بالشراء عن طريق المماكسة؛ لأنه قد يغبنه بذلك ولهذا يرضى الناس بتخبير الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة؛ لأن تخبير الثمن يكون قد رضي بخبرة التاجر البائع وشرائه لنفسه؛ لأن خبرة التاجر تقضي بأن لا يشتري إلا بثمن المثل، أو أنقص، بخلاف المساومة، فإنه تعود إلى خبرة المشتري نفسه، فإذا علم المشتري أن عامة الناس يشترون بهذا الثمن، فهذا مما يرضى به عامة الناس، وليس هذا من الغرر الذي نهى عنه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم

2- هو عمل الناس في كل عصر ومصر، فما زال الناس يأخذون من الخباز الخبز، ومن اللحام اللحم، ومن الفاكهي الفاكهة، ولا يقدر المتبايعان الثمن، بل يتراضيان بالسعر المعروف، ويرضى المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس، وهذا هو المسترسل، وهو الذي لا يماكس، بل يرضى

:

بما يبتاع به غيره، وإن لم يعرف قدر الثمن، فبيعه جائز إذا أنصفه، فإن غبنه فله الخيار، فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل؛ فيجوز، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها؛ فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به.

3- الأصل في معاملات الناس الحل، ولا يوجد دليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يمنع ذلك، ولا يخشى من القول بالجواز الوقوع في محذور شرعي يمنع من صحة البيع. (1)

**مناقشة الأدلة والترجيح:**

1- ما ذكره غير المجيزين للبيع بسعر السوق من أن الجهالة في الثمن تؤدي إلى الوقوع بالغرر المنهي عنه

فالظاهر أن ذلك مدار علة النهي في النزاع في الجواز من عدمه ، والذي يبدو لي أن السوق هو محل علم في الأسعار وليس محل جهالة وخاصة أن السوق هو ما يختص بجنس واحدد من السلع وليس السوق العام كما يعرف في زماننا ،فهناك أنواع من الأسواق قد لا تعرف الأسعار الصحيحة إلا منه ، فالذهب لا تعرف أسعاره إلا من سوق الذهب ، وكذلك هناك سوق للأغنام يعرف متوسط الأسعار منه ،وسوق صرف العملات ، والأجهزة الكهربائية كذلك ،فهذه الأسواق ترفع الجهالة بين البائع والمشتري خلافاً لما يقوله غير المجيزين.

---

**1- ابن القيم ،إعلام الموقعين (4/ 5، 6) ، وانظر ابن تيمية ،المحرر في الفقه ، 300/1**

وهناك وجه آخر مفاده السؤال التالي :

لماذا يلجأ المتعاقدان إلى سعر السوق ؟

الجواب واضح وليس بحاجة إلى بحث، وهو أنهما أو أحدهما يخشى من الغبن بسب عدم معرفته لقيمة السلعة الحقيقية فيلجأ إلى طريقة مناسبة تزيل الجهالة في الثمن الحقيقي وهي ما يبيع به الناس ومكان ذلك هو السوق

2- سعر السوق متقلب ومعرض للزيادة والنقصان مما قد يؤدي إلى غبن أحد المتعاقدين

ويجاب عن ذلك بان الثمن المحدد بمجلس العقد قد يكون معرض للزيادة والنقصان أكثر من سعر السوق، والقول بالبيع كما يبيع الناس يعني أن البيع بهذا السعر تكرر تداوله بين أناس كثيرين في السوق فهو أبعد عن الجهالة والغبن من بيع الفرد الواحد .

:

وإذا رجحنا ما ذهب إليه ابن القيم فلا نسلم بأن الصورة التي ذكرها هي محل النزاع وهي جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد ، فيشتري ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع، ويعطيه ثمنه .

ووجه عدم التسليم بالصورة التي ذكرها ابن القيم أن الثمن معروف لدى البائع وقت العقد ولو طلب منه المشتري إخباره بالسعر لأخبره بذلك ،والصورة الغالبة في ذلك هي الاختلاف بين البائع والمشتري على القيمة الحقيقية للمبيع لذلك يتم اللجوء للسوق لتحديد السعر ،أو الاتفاق بين البائع والمشتري على الرجوع للسوق لمعرفة الثمن بسبب جهلهما بالقيمة الحقيقية للسلعة ، ومن ذلك لو أن شخصاً يملك قطعة من الذهب وأرادا آخر شرائها ، فإما يختلفان في تقدير القيمة وإما يتفقان على عدم معرفة القيمة ، وفي الحالتين لا مفر من الرجوع للسوق لمعرفة القيمة الحقيقية لقطعة الذهب وذلك لرفع الغبن الذي قد يلحق بأحدهما ،ومثل بيع مركبة أو جهاز كهربائي أو رأس من الغنم أو البقر ..الخ

**الفرع الرابع ـ الرجوع للعرف في وقت دفع ثمن المبيع في البيع المطلق**

**المادة** 483 :

الثمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً ، أو مقسطاً لأجل معلوم.

ونص المادة السابقة يتوافق مع نص (المادة 251 /من المجلة ) ونصه : البيع المطلق ينعقد معجلا أما إذا **جرى العرف** في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل. مثلا لو اشترى رجل من السوق شيئا بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك

:

وعند جمهور الفقهاء ،أن العقد المطلق يقتضي تعجيل الثمن **(2)**

وذكر ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر حيث قال في التفريع على القاعدة إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت :

" لو باع التاجر في السوق شيئا بثمن، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما انصرف إليه بلا بيان. لأن المعروف كالمشروط." **(3)**

وكذلك بيع المضارب يجوز بالنسيئة إذا كان متعارفاً .

ويقول صاحب منح الجليل :

"لو باع العامل شيئا من سلع القراض (بدين) بلا إذن رب المال فيضمنها للإمام مالك " - رضي الله عنه - " لا يجوز للعامل أن يبيع بالنسيئة إلا بإذن رب المال، فإن فعل بغير إذنه ضمن، وهذا ما لم يشترط في أصل العقد. لأن بيوع المسلمين إنما هي بالنقد في الغالب، فإن وقع عقد القراض مبهما انصرف إلى العرف. فيؤخذ منه أنه إذا كان العرف البيع بالدين انصرف المبهم إليه " **(4)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، 498/2**

**2-الماوردي ، الحاوي الكبير 6/ 148 ، وابن الفراء ، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (ت458هـ) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين 389/1 والمجلة مادة 251**

**3- ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،81/1**

**4- عليش ،محمد بن أحمد بن محمد ، أبو عبد الله المالكي (ت 1299هـ) منح الجليل ،348/7**

**الفرع الخامس - أثر العرف في تحديد ملحقات المبيع**

**المادة** 490 :"يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد ".

معنى عبارة " اتصال قرار" :يقول ابن عابدين :"والمراد بالمتصل اتصال قرار ما وضع لا ليفصل "(1)

وبالرجوع لمصادر الفقه الإسلامي وجدت أن مرجع هذه المادة من حيث الصياغة هو المذهب الحنفي ، أما المضمون فهو محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون.

:

وتنص (مجلة الأحكام /المادة 230) كل **ما جرى عرف البلدة** على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر. مثلا: في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار(توابع المطبخ) وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر ؛ لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار وحديقة الزيتون تطلق على أرض يحتوي على أشجار الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون.

والمراد من عرف البلدة التعارف الجاري في البيع ويدخل ما ذكر في المبيع ولو لم يصرح بذكره في البيع بأنه بيع بجميع حقوقه **(2)**

يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام : "الحكم بمقتضيات الألفاظ في البيع، كقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا ولم يزد على هذا فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار **وهذا بحكم العرف**، ولفظ الشجر والدار يشمل الثوابت: كالأبواب والرفوف والسلم المسمر والأشجار "**(2)**

ويبين صاحب التاج والإكليل وبشكل قطعي الرجوع للعرف في توابع المبيع فيقول :

" الرجوع في توابع المبيع **مبني على العوائد** إلا مسألة الآبار فمدركها النص وما عداها **مدركه العرف والعادة**، فإذا تغيرت العادة أو بطلت ،بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتيا بها " **(4)**

ولننظر إلى تأثير اختلاف العرف في توابع المبيع حيث اعتبر عرف القاهرة دخول السلم في البيت المبيع في القاهرة دون غيرها؛ لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به. **(5)**" وبهذا يتضح التطابق التام بين القانون والفقه الإسلامي في الرجوع للعرف في ملحقات المبيع في المادة السابقة .

---

**1- الزيلعي ،تبيين الحقائق 10/4 وابن عابدين ، رد المحتار ،523/4 وابن الهمام ،فتح القدير 6/ 280 و ومرشد الحيران 469**

**2- حيدر ، درر الحكام 209/1**

**3- ابن فرحون ،تبصرة الحكام 70/2**

**4- المواق ،التاج والإكليل ، 446/6**

**5- ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،89/1**

**الفرع السادس- حكم العرف في طريقة قبض المبيع**

مسألة حكم العرف في قبض المبيع من أكثر التطبيقات التي ذكرها الفقهاء ، وفقاً للقاعدة المنتشرة في كتب الفقه "ما لا حد فيه في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف " .(كالقبض والحرز ) **(1)**

**المادة 499** :2- إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

**شرح النص :**

تبين المادة السابقة صحة تسليم المبيع للمشتري بأحد الوسائل التالية

:

1- أن يتضمن العقد إرساله إلى المشتري ،فبإرساله للمشتري يتم التسليم

2-أن يقتضي العرف إرسال المبيع إلى المشتري ،فإذا كان العقد مطلقاً فيتقيد بالعرف

3- الاتفاق على عدم إيصال المبيع إلى المشتري ، وهنا العقد شريعة المتعاقدين

وأشارت المذكرات الإيضاحية إلى أن أحكام هذه المادة مستمدة من مجلة الأحكام العدلية والمواد هي :83 و 282 و287 و292 ومرشد الحيران ، وبالرجوع لهذه المواد فهي تختص بالفرع الأول من المادة (499) الذي ينص على أن البيع المطلق يقتضي التسليم في محل العقد ، ولم تشر إلى العرف في إرسال المبيع للمشتري **(2)**

ولكن بعض كتب الفقه الإسلامي ذكرت بعض ضوابط القبض ومنها العرف . يقول صاحب كفاية النبيه :"والقبض فيما ينقل بالنقلُ : مثل الأخشاب والأمتعة الثقيلة والطعام الكثير والمراكب، والبهائم وفيما يتناول باليد أي: مثل الذهب والفضة واللآلئ والثوب والطائر، وفيما سواهما أي: مثل الأراضي والدور والشجر التخلية. ودليل ذلك أن الشرع أطلق القبض في البيع، وأناط به أحكاماً ولم يبينه، ولا حد له في اللغة يرجع إليه؛ فكان المرجع فيه إلى العرف " (3).

ويشير النص أيضاً إلى جواز اشتراط إرسال المبيع للمشتري.

وأود الإشارة إلى اضطراب صياغة المادة السابقة وذلك بين العبارتين ،الاولى: إذا تضمن العقد ..الخ ،والعبارة الثانية :ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

وجه التناقض : أن ما تضمنه العقد تم بين البائع والمشتري ، وعبارة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أيضاً بين البائع والمشتري ،فكيف يتعاقد الطرفان على شيء ويتفقان على خلافه في ذات العقد ؟

---

**1- القرافي ،الفروق 190/1 وابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد 33/2 والمغني 4/2 ، والبهوتي ،كشاف القناع 19/6 ، السيوطي ، الأشباه والنظائر 98/1**

**2- المذكرات الإيضاحية ، 505/2**

**3- ابن الرفعة ،كفاية النبيه 439/8**

فإن قيل :ألا يحتمل أن يكون ما يتضمنه العقد غير مصرح به بين الطرفين

أقول : هذا لا ينفي الأشياء المصرح بها في العقد ،فما يتضمنه العقد هو منطوق النص ومفهومه

فإن قيل : المقصود الاتفاق على خلاف ما يقتضيه العرف وليس على ما يتضمنه العقد حيث أن عبارة ( ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ) جاءت بعد عبارة ( أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه ) فهي عائدة على العرف فانتفى التناقض .

أقول : ذكرت سابقا أن (ذلك) في اللغة إذا جاءت بعد جمل معطوفة فإنها تعود على جميع الجمل ، ألا ترى أن لفظ ذلك في قوله تعالى (والذين لا يدعون مع الله إلها آخر، ولا يقتلون النفس التي حرم

:

الله إلا بالحق، ولا يزنون، ومن يفعل ذلك يلق أثاما) الفرقان: 68 . أي: ومن يفعل جميع ذلك المذكور**(1)**

**الفرع السابع- الرجوع للعرف في العيوب المؤثرة في المبيع**

**المادة** 512 :1- يعتبر البيع منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه .

نص هذه المادة يتوافق مع مضمون المادة(336) من المجلة والمادة (419)من مرشد الحيران،التي أحالت المذكرات الإيضاحية الرجوع إليهما في مصدر أحكام هذه المادة ،إلا أنه لم تبين أي منهما أثر العرف في العيوب التي جرى التسامح بها **(2)** وكانت نصوص الفقهاء أكثر شمولاً في ذلك . يقول صاحب الروض المربع : "خيار العيب وما بمعناه وهو (أي العيب) ،ما ينقص قيمة المبيع عادة فما عده التجار في عرفهم منقصا أنيط الحكم به "**(3)**

ويقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر : "مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع لأن الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عرفا كالمشروط نصا."**(4)**

وتناول ابن القيم مسألة تغير العادة في الرد بالعيب بقوله

:"إذا كان الشيء عيبا في العادة رد به المبيع، فإن تغيرت العادة بحيث لم يعد عيبا لم يرد به المبيع، قالوا: وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه، وإن وقع الخلاف في تحقيقه: هل وجد أم لا " **(5)**

---

**1-1القرافي ، نفائس الأصول في شرح المحصول ، 842/2**

**2- المذكرات الإيضاحية، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،510/2**

**3-النجدي ، الروض المربع ، 328/1 ، المرداوي ،الإنصاف ، 405/4**

**4- ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، 18/2**

**5- ابن القيم ، إعلام الموقعين ،65/3**

**الفرع الثامن** : **أثر العرف في أحكام السّلم**

يتضمن هذا الفرع مسألتين :

المسألة الأولى : أثر العرف والعادة في وجود محل السلم ( المسلم فيه ) وقت التسليم المتفق عليه .

المسألة الثانية : أثر العرف والعادة في دفع الضرر عن المزارع حال استغلال المشتري لحاجته وذلك بعد إحالة الأمر إلى المحكمة .

**المادة** 532 : السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل

وهذا التعريف مصدره المذهب الحنفي حيث قالوا السلم : بيع آجل بعاجل (1)

:

**المادة** 533 : يشترط لصحة بيع السّلم :

1- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر **وجودها عادة** وقت التسليم .

أحالت المذكرات الإيضاحية تفسير هذه المادة إلى شرح المجلة لعلي حيدر مادة **(386)** ،ولأن العادة المطردة هي الضابط الذي وضعه القانون في توفر المبيع وقت التسليم ،حيث مدار البحث فلم أجد في المجلة ما يشير إلى هذا **(2)**

أما كتب الفقه الإسلامي الأخرى ،- باعتبار أن المجلة هي من المراجع الحديثة للفقه الإسلامي (الحنفي) - فقد تناولت ضوابط وجود المسلم فيه فعند الحنفية :حد الوجود أن لا ينقطع من السوق وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق**(2)** وبعض الشافعية والحنابلة ذكروا ضابط غلبة الوجود عند التسليم ومن ذلك ما جاء في كفاية الأخيار، وما ذكره صاحب كشاف القناع في بيان شروط صحة السلم بقوله : "أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله) بكسر الحاء أي: وقت حلوله **غالبا** لوجوب تسليمه إذن (سواء كان) المسلم فيه (موجودا حال العقد أو معدوما) كالسلم في الرطب والعنب زمن الشتاء إلى الصيف (فإن كان) المسلم فيه (لا يوجد فيه) أي: في وقت حلوله (أو لا يوجد) فيه (إلا نادرا كالسلم في الرطب والعنب إلى غير وقته لم يصح) السلم لأنه لا يمكن تسليمه **غالبا** عند وجوبه. **(3)**

وهذا محل التوافق بين النص القانوني في المادة (533) والفقه الإسلامي

---

**1- البابرتي ،العناية شرح الهداية (7/ 69، 70) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (6/ 168).**

**2- نظام الدين ،الفتاوى الهندية ،18/3**

**3- الباجي ، المنتقى ، 4 / 300 ، الموصلي ، كفاية الأخيار ،252/1، البهوتي ،كشاف القناع 3 / 303، النووي ، روضة الطالبين 4 / 11**

**المادة** 538 :1- إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة إجحافا بينا كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقها بين تاريخ العقد والتسليم **طبقا لما جرى عليه العرف** .

**موقف الفقه الإسلامي من المادة السابقة :**

وبالنظر إلى آراء الفقهاء في المسألة فلم يتناولوها بشكل منفرد ،بل وضعوا ضوابط فقهية عامة في جميع أنواع البيوع لحماية البائع والمشتري من الغبن والغش ، ومن هذه الضوابط خيار الفسخ إذا زاد الغبن عن ما جرى به العرف ،ومن ذلك :

:

ما جاء في جامع العلوم والحكم :

"سئل أحمد عن بيع المضطر، فكرهه، فقيل له: كيف هو؟ قال: يجيئك وهو محتاج، فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين، ، وقيل لأحمد: إن ربح بالعشرة خمسة؟ فكره ذلك، وإن كان المشتري مسترسلا لا يحسن أن يماكس، فباعه بغبن كثير، لم يجز أيضا. قال أحمد: الخلابة: الخداع، وهو أن يغبنه فيما لا يتغابن الناس في مثله؛ يبيعه ما يساوي درهما بخمسة، ومذهب مالك وأحمد أنه يثبت له خيار الفسخ بذلك ". **(1)**

ويرجع القرافي مقدار الغبن إلى العرف التجاري فيقول :

مقدار الغبن ما شهدت به العادة أنه ليس من الغبن الذي يقع بين التجار**(2)**

ويقول أيضاً :ومذهب مالك: أن المغبون له الخيار فيما خرج على المعتاد **(3)**

وجاء في الروض المربع : "خيار الغبن :( وهو إذا غبن في المبيع غبنا يخرج عن العادة) لأنه لم يرد الشرع بتحديده فرجع فيه إلى العرف " **(4)**

وصاحب الاختيار لتعليل المختار يرى أن بيع السلم يعقده المحتاجون ويبنى على ذلك أن المحتاج قد يغبن لسد حاجته فيقول :

"ويسمى بيع المفاليس شرع لحاجتهم إلى رأس المال، لأن أغلب من يعقده من لا يكون المسلم فيه في ملكه؛ لأنه لو كان في ملكه يبيعه بأوفر الثمنين فلا يحتاج إلى السلم "**(5)**

---

**1- ابن رجب ،جامع العلوم والحكم 216/2**

**2- القرافي الذخيرة ، 113/5**

**3- المرجع السابق ، 112/5**

**4- النجدي، الروض المربع ، 433/4**

**5-الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، 24/2**

**المطلب الثاني:أثر العرف في أحكام الشركة**

يحتوي هذا المبحث على ثلاث مواد تحكم العرف في بعض أحكام الشركة

الأولى : الرجوع للعرف في ضبط تصرفات مدير الشركة

الثانية : أثر العرف في تصرفات المضارب في المضاربة المطلقة

الثالثة : اثر العرف في جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب .

**المادة** 593 :

2- للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيطت به على أن يتقيد في ذلك بنصوص العقد فان لم تكن فبما **جرى به العرف التجاري** .

:

ومن المصادر التي أحالت إليها المذكرات الإيضاحية **(1)** في بيان أحكام هذه المادة مجلة الأحكام العدلية ( مادة-44)والتي تنص على أن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم **(1)**،وهو استدلال عام في جميع الأمور التجارية ، وحتى نص المادة كاملاً باستثناء عبارة ( فان لم تكن فبما **جرى به العرف التجاري**) فهي من باب إثبات المثبت أو إيجاب الواجب فكل عاقد يجب أن يتقيد بنص العقد.
وعلى هذا يمكن اقتراح أن يكون نص المادة كالتالي :

- يرجع في تصرفات مدير الشركة إلى العرف التجاري في حدود أغراض الشركة فيما لم ينص عليه العقد .

وقلت يُرجع في تصرفات المدير ولم أقل للمدير أن يتصرف ،ففي الأولى يعني أن هناك جهة رقابية تحدد للمدير قواعد العرف التجاري وليس هو من يقرر أن هذا عرف تجاري أم لا ، وذلك تضييقا لدائرة النزاع .

أما مرجع المادة 593 في الفقه الإسلامي فبينه الفقيه الحنفي برهان الدين في كتابه المحيط بقوله:
فأما اتخاذ الضيافة والإهداء قد لا يتهيأ بما دون الدرهم ، فقد تقع الحاجة إلى الإهداء إلى جماعة، وإلى اتخاذ الدعوة لجماعة، فكان **التقدير مفوضاً إلى العرف** فيما يعده التجار فيما بينهم تبرعاً لا يملكه المفاوض، ثم إنما يتملك الإهداء بالمأكول من الفاكهة واللحم والخبز، ولا يملك الإهداء بالذهب والفضة؛ لأننا إنما دخّلنا الإهداء في الشركة لعرف التجار .

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 537/2**

**2- ابن مازة ، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت: 616هـ) المحيط البرهاني في الفقه النعماني 19/6**

## المطلب الثالث- أثر العرف في تصرفات المضارب

**المادة 625** :

1– إذا كان عقد المضاربة مطلقا اعتبر المضارب مأذونا بالعمل والتصرف برأس المال في شؤون المضاربة وما يتفرع عنها **وفقا للعرف** السائد في هذا الشأن .

**توضيح أحكام المادة :**

عرفت مجلة الأحكام العدلية المضاربة المطلقة في المادة (1407) :المضاربة المطلقة هي التي لم تتقيد بزمان أو مكان أو بنوع تجارة أو بتعيين بائع أو مشتر ، وإذا تقيدت بأحد هذه فتكون

:

مضاربة مقيدة. مثلا إذا قال: اعمل في الوقت الفلاني أو المكان الفلاني أو بع واشتر مالا من الجنس الفلاني أو عامل فلانا وفلانا أو أهالي البلدة الفلانية. تكون المضاربة مقيدة.

ويذكر ابن قدامة في المغني أن الإذن المطلق في المضاربة ينصرف إلى العرف فيقول :

" له السفر به إذا لم يكن مخوفا. قال القاضي(*أبو يعلى الفراء ،ت 458هـ*): قياس المذهب جوازه، بناء على السفر بالوديعة. وهذا قول مالك. ويحكى ذلك عن أبي حنيفة؛ لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرا وحضرا. ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، فملك ذلك بمطلقها " .**(1)**

ويذكر ابن فرحون قاعدة في تقييد المطلق من الأعمال بالعرف فيقول :

"الإذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر (2)

ويجيز الحنفية في المضاربة المطلقة ما في عرف التجار من السفر والتوكيل والإيداع والإبضاع يقول صاحب البناية شرح الهداية :

"وإذا صحت المضاربة مطلقة بأن لم تكن مقيدة بزمان ومكان، فإذا قال: دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة مطلقة، جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه أي من عقد المضاربة الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد أي العقد المطلق صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم، وكذا الإيداع والإبضاع والسفر"**(3)**

---

**1- ابن قدامة ،المغني ، 30/5**

**2- ابن فرحون ،تبصرة الحكام 2/ 342**

**3- الغيتابي ،البناية شرح الهداية 51/10 ، نظام الدين ، الفتاوى الهندية ،293/4 و الزيلعي ،تبيين الحقائق،57/5 وتحفة الفقهاء ،223/2 ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، 290/8**

وبينت مجلة الأحكام العدلية أحكام المضاربة المطلقة في المادة (1414) كما يلي

"يكون المضارب في المضاربة المطلقة مأذونا بالعمل في لوازم المضاربة والأشياء التي تتفرع عنها بمجرد عقد المضاربة ، فلذلك له أولا: شراء المال لأجل بيعه والربح منه ، لكن إذا اشترى مالا بالغبن الفاحش يكون اشتراه لنفسه ولا يدخل في حساب المضاربة ، ثانيا: له البيع سواء كان بالنقد أو بالنسيئة بثمن قليل أو كثير لكن له الإمهال للدرجة الجاري العرف والعادة فيها بين التجار. ثالثا: له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه. رابعا: له توكيل شخص آخر بالبيع

:

والشراء. خامسا: له إيداع مال المضاربة والبضاعة والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار. سادسا: له السفر إلى بلدة أخرى لأجل البيع والشراء."

## المطلب الرابع : أثر العرف في خلط مال المضاربة

**المادة** 626 :

1- لا يجوز للمضارب خلط مال المضارب بماله ولا إعطاؤه للغير مضاربة **إلا إذا جرى العرف** بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه. ***(الأصح مال المضاربة وليس مال المضارب)***

**توضيح المادة السابقة :**

:

أدرجت هذه المادة في القانون تحت فصل الشركة الفرع الثاني (بعض أنواع الشركات) 3- شركة المضاربة وذلك بخلاف منهج البحث في اغلب كتب الفقه الإسلامي حيث يتم الفصل بين الشركة والمضاربة كل في باب مستقل فالمالكية والحنابلة وبعض الحنفية(المحيط النعماني في الفقه البرهاني) يستخدمون عبارة شركة المضاربة ، ويبدو هنا ان القانون المدني سار على طريقة مجلة الأحكام العدلية حيث أدرجت المضاربة في الباب السابع تحت الكتاب العاشر وهو الشركات

هذا من حيث الشكل أما المضمون فالمضاربة هي نوع من الشركة مع بعض الاختلافات وليس هذا محلها .اما عن أثر العرف في خلط ما المضاربة بمال المضارب فأجازت ذلك المادة **(1415/المجلة)** لا يكون المضارب في المضاربة مأذونا بمجرد عقد المضاربة بخلط مال المضاربة بماله ولا بإعطائه مضاربة ، لكن إذا كان في **بلدة من العادة فيها** أن المضاربين يخلطون مال المضاربة بمالهم فيكون المضارب مأذونا بذلك في المضاربة المطلقة أيضا

أما في كتب الفقه الإسلامي فقد تناول الفقهاء أثر العرف في جواز خلط مال المضارب بمال المضاربة ، فقد جاء في مجمع الضمانات :

إذا دفع إلى رجل دراهم مضاربة، ولم يقل له اعمل برأيك إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون، وأرباب الأموال لا ينهونهم عن ذلك فعمل في ذلك على معاملات الناس إن غلب التعارف بينهم في مثل هذا رجوت أن لا يضمن، ويكون الأمر محمولا على ما يتعارفون من مشتمل الأحكام.**(1)**

أما المالكية فيجيزون خلط مال المضارب بمال المضاربة بمطلق العقد **(2)**

جاء في تبصرة الحكام :

" الإذن المطلق يرجع فيه **إلى المعتاد** " **(3)**

---

**1- البغدادي ،مجمع الضمانات 321/1 ونظام الدين ، الفتاوى الهندية 293/4 والدر المختار 649/5**

**2-الدردير، الشرح الكبير 523/3**

**3- أنظر،ابن فرحون ،**تبصرة الحكام 2/ 342 **وابن قدامة ،المغني ،30/5**

## المبحث الخامس : أثر العرف في عقود المنفعة

### المطلب الأول :أثر العرف في أحكام الإجارة

يحتوي هذا المبحث على سبع مواد تحيل بعض أحكام الإجارة إلى العرف والعادة وهي :

1- موعد أداء الأجرة

2- ما يلزم المؤجر من إصلاح المأجور

3- ضمان العيوب المؤثرة في الانتفاع بالمأجور

:

4- حكم العرف في حدود الانتفاع بالمأجور

5- واجب المستأجر بترميم المأجور وتنظيفه حسب العرف

6- قيمة التعويض عن فسخ العقد لعذر طارئ من أحد العاقدين

7- الإصلاحات التي يقتضيها **الانتفاع المعتاد** بالأرض ، وصيانة السواقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار . وكل هذا مصدره الفقه الإسلامي وبيان ذلك كالآتي

**الفرع الأول : الأجرة غير المحددة في العقد والمستحقة عن وحدة زمنية يتبع فيها العرف**

**المادة** 667 :1- إذا لم يبين في العقد ميعاد دفع الأجرة استحقت الأجرة المحددة للمنفعة بصورة مطلقة بعد استيفاء المنفعة أو بعد تحقق القدرة على استيفائها

2- أما الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية **فيتبع العرف** بشأن مواعيد أدائها وإلا حددتها المحكمة بناء على طلب من صاحب المصلحة .

أحالت المذكرات الإيضاحية **(1)** إلى مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران بيان أحكام هذه المادة وأخرى قبلها ومادتين بعدها فيما يتعلق بحالات دفع الأجرة من وقت ومكان وكيفية .

وبالرجوع إلى مرشد الحيران المادتين 581-586 والمجلة - المواد 43-64-83-473-475-477 ،فلم أجد أي إشارة إلى الرجوع للعرف الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (667) كما أن المذكرات لم تشر إلى أي من كتب الفقه الإسلامي في بيان أحكام هذه المادة .

وما فهمته من المادة أن المقصود بالوحدة الزمنية التي خلا العقد من الاتفاق عليها ، هي أسبوع أو شهر أو أيام معدودات ،فمقدار الأجرة في ذلك يرجع فيه إلى العرف ، والعرف مختلف في هذا ففي بعض الأماكن تستحق الأجرة في بداية الشهر عن كامل الشهر حتى لو أخلي المأجور بنصف الشهر،وفي بعض الأماكن تستحق الأجرة في نهاية الشهر ،والغالب في الوقت الحاضر الاتفاق وليس العرف حتى أن بعض المالكين يشترط على المستأجر أجرة عدة شهور مقدماً .

---

**1- المذكرات الإيضاحية 552/2**

**الفرع الثاني : أثر العرف في رجوع المستأجر بما أنفق في إصلاح ما يلزم المؤجر إصلاحه .**

**المادة** 681 :

1- يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فان لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق **بالقدر المتعارف عليه**

:

2- إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر **إصلاحه عرفاً** من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتمل التأخير وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته **بالقدر المعروف** من بدل الإيجار .

**شرح المادة السابقة :**

تبين هذه المادة ما يجب على المؤجر من إصلاحات تؤثر في استيفاء لمنفعة المقصودة ،وعند تخلي المؤجر عن ذلك يقوم المستأجر بهذه الإصلاحات ويعود عليه بما أنفق بالقدر المعروف ،وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية **(1)** فقد أفادت أن مصدر هذه الأحكام يعرف من المادة 529 من المجلة والمادة 535 مرشد الحيران إلا أن كل من هاتين المادتين خالفت القانون المدني في إلزام المؤجر في نفقات إصلاح المأجور وهذه نصوص المادتين :

**(المادة 529)** أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر: مثلا تطهير الرحى على صاحبها ، كذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار وإن امتنع صاحبها عن أعمال هؤلاء فللمستأجر أن يخرج منها إلا أن تكون حين استئجاره إياها كانت على هذه الحال وكان قد رآها فإنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد وإن عمل المستأجر هذه الأشياء منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر.

وكذلك نص(مادة 535) مرشد الحيران

"لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها وإصلاح ميازيبها وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر لكنه إذا لم يفعل المؤجر ذلك كان للمستأجر أن يخرج منها إلا إذا كان استأجرها وهي كذلك وقد رآها فليس له الخروج منها ".

فكل من المادتين السابقتين تجيز الفسخ للمستأجر والخروج من الدار إذا رفض المؤجر القيام بإصلاح ما يلزمه قانوناً ، ولم تذكر المجلة أو المرشد ما أثبته القانون من أن للمستأجر في هذه الحالة الحصول على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 556/2**

بالمعروف ، ومن وجه آخر فإن المجلة وشرحها ومرشد الحيران اعتبروا سكنى الدار على الخلل الموجود بالمعروف يعتبر رضاءً بالعيب ،وإذا أنفق شيئاً في إصلاحه لا يعود بشيء على المؤجر وأيضا بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي فلم تخرج الآراء الفقهية عن مسألة فسخ الإجارة إذا رفض المؤجر إصلاح المأجور معللين بذلك أنه إزالة لما يلحق المستأجر من الضرر ،وفيما أرى إن هذا التعليل بعيدا عن أرض الواقع ،وإذا كان هذا التعليل يناسب زمانهم فلا يناسب هذا الزمان

:

إذ أن المستأجر قد لا يجد بيتاً يناسبه عدا عن مشقة نقل الأثاث وتكلفة ذلك ،وقد يكون المؤجر قصد استعمال هذا المخرج الفقهي (الرضا أو الفسخ)لإخراج المستأجر ليؤجر بثمن أكثر.وهذا ما يطلق عليه في القانون عقد الإذعان ومفاده اضطرار القبول بشروط الطرف الآخر للضرورة

وفي مسألة جواز الفسخ للمستأجر وتعليل ذلك يقول البهوتي في كشاف القناع :

"ويلزم المؤجر (عمارتها) أي العين المؤجرة دارا كانت أو حماما أو غيرهما (سطحا وسقفا بترميم) ما يحتاج إلى الترميم (بإصلاح منكسر، وإقامة مائل، وعمل باب، وتطيين ونحوه) مما تدعو الحاجة إليه لأنه به يتوصل إلى الانتفاع ويتمكن منه (فإن لم يفعل) المؤجر ذلك (فللمستأجر الفسخ إزالة لما يلحقه من الضرر بتركه " **(1)**

ولا أرى أن اعتبار فسخ العقد هو إزالة للضرر عن المستأجر بل قد يتحمل ضرراً زائداً عن الحالة التي كان عليها .

ومن الواضح أن المشرع الأردني التفت إلى هذه المسألة بعين العدل فأضاف قيد الرجوع بما أنفق بعد الرجوع للمحكمة بالإذن في إصلاح المأجور .

ومن جهة أخرى فلا نسلم بأن رؤية الدار من قبل المستأجر على حال يحتاج إلى الإصلاح وسكنها يعتبر رضاءً بالعيب ، وإذ نبحث فيما جرت به العادة وتغير الأحوال ، فقد يكون المستأجر مضطراً للرضا فأصبح الرضا بالمعيب معيباً ، وكيف قبلنا تعديل عقد السلم إذا استغل المشتري حاجة المزارع ،ولا نقبل أن المؤجر استغل حاجة المستأجر ، وأيهما أكثر اضطراراً من لديه أسرة وتعذر عليه الحصول على مأوى ورضي بسكنى فيها إقامة ضنكا ، أما المزارع الذي يبيع غلته بثمن عاجل ثم تعدل المحكمة ما لحق به من استغلال ، وأيهما أكثر في زماننا هذا استغلال المزارعين أم استغلال المستأجرين . .وبالتالي فإنني أرى وجاهة ما ذكره القانون من حصول المستأجر على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق **بالقدر المتعارف عليه** ،أي مثل ما ينفق غيره في حالة مشابهة

---

**1- البهوتي، كشاف القناع 21/4 وفي خيار الفسخ ،الزيلعي تبيين الحقائق 143/5 وابن عابدين ، رد المحتار 76/6 و**

### الفرع الثالث : الرجوع للعرف في ضمان العيوب المؤثرة في الانتفاع المأجور.

**المادة** 686 :

1- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصا فاحشا ولا يضمن العيوب التي **جرى العرف** على التسامح فيها .

:

بالنظر إلى هذه الفقرة مقارنة بالفقرة الأولى من المادة 681 فنجد التكرار في الحكم والاختلاف في العبارة ولننظر إلى النصين

1/686 يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به**..الخ**

**1/681** يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة**..الخ**

فما الفرق بين ضمان العيب الذي يحول دون الانتفاع بالمأجور ’وبين لزوم إصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة ، ففي الأولى قال بضمان العيب ،وفي الثانية قال إصلاح الخلل وكذلك قال في الأولى :تحول دون الانتفاع ،وقال في الثانية : يؤثر في استيفاء المنفعة .؟

**أما مسألة عدم ضمان** العيوب التي **جرى العرف** على التسامح **بها فمن ضوابطها ما ذكر في البيع** ،ولا أجد ما يمنع أن يقاس عليه في الإجارة ،وذلك لأن بعض الفقهاء اعتبروا الإجارة بيعاً

حيث قال ابن قدامة في المغني:

"وهي (أي الإجارة) نوع من البيع، لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الأعيان، لأنه يصح تمليكها في حال الحياة، وبعد الموت، وتضمن باليد والإتلاف، ويكون عوضها عينا ودينا " **(1)**

وفي المبسوط يقول السرخسي :

(والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس) **(2)**

---

**1- ابن قدامة ، المغني ،322/5**

**2- السرخسي ،المبسوط 51/13 والشيرازي ،المهذب، 54/2 والنووي (مع تكملة السبكي والمطيعي) المجموع، 309/13**

وإذا خرجنا أيضا عن المفهوم الغالب المتبادر إلى الذهن من أن الإجارة هي إجارة العقارات من مباني وأراضي إلى المفهوم الواسع للإجارة كالمركبات والآلات الزراعية وجميع ما ينتفع به الناس ،ثم اعتبار الإجارة نوع من البيع نجد أثر العرف في ذلك عند الفقهاء .

حيث جاء في فتح القدير :

وكل ما أوجب نقصان الثمن الذي اشتري به (في **عادة التجار** فهو عيب ، وهذا ضابط العيب الذي يرد به ، وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به،

:

والمرجع في كونه عيبا أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات. **(1)**

**الفرع الرابع : حكم العرف في حدود الانتفاع بالمأجور .**

**المادة** 693 :

1- لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد فان لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقا لما أعدت له وعلى نحو **ما جرى عليه العرف**

2- فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف **ما جرى عليه العرف** وجب عليه ضمان ما ينجم عن فعله من ضرر

وهذا النص يتوافق مع ما ذكرته المجلة :

(المادة 603/المجلة) حركة المستأجر على خلاف **المعتاد** تعدٍ ويضمن الضرر والخسارة التي تتولد معها مثلا لو استعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن.

وبينت المجلة أن كيفية استعمال المأجور مقيدة بالعرف في (المادة 527): يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء وأما كيفية استعماله **فتصرف إلى العرف والعادة.**

وكذلك فإن الفقهاء أرجعوا ضابط استيفاء المنفعة للعرف .

حيث نقلت الموسوعة الفقهية الكويتية اتفاق الفقهاء **على ذلك فجاء فيها: (2)**

"يلزم المنتفع أن لا يتجاوز الحد المعتاد إذا لم يكن الانتفاع مقيدا بقيد أو شرط؛ لأن المطلق يقيد بالعرف والعادة، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما جرى على ألسنة الفقهاء. فلو أعاره

**1- لبن الهمام ، فتح القدير 357/6**

**2- الموسوعة الفقهية الكويتية 306/6**

وأطلق فللمستعير الانتفاع بحسب العرف في كل ما هو مهيأ له. وما هو غير مهيأ له يعينه العرف ولو قال: آجرتكها لما شئت صح، ويفعل ما يشاء لرضاه به، لكن يشترط أن ينتفع به على الوجه المعتاد كالعارية " (1)

وذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية اتفاق الفقهاء على أن المستأجر يلزمه أن يتبع في استعمال العين ما أعدت له، مع التقيد بما شرط في العقد، أو بما هو متعارف، إذا لم يوجد شرط .(2)

وذكر ذلك ابن قدامة بقوله :

وللمكتري استيفاء المنفعة بالمعروف؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، فصار كالمشروط (3)

:

وهذا يتوافق مع ما ذهب إليه القرافي في الفروق من أنه إذا سُكِت في العقد عن تحديد المنفعة فالمرجع في ذلك إلى العرف فقال :

" وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها **فتنصرف بالعادة** للمنفعة المقصودة منها عادة لعدم اللغة في البابين وكل ما صرح به في العقد واقتضته اللغة فهذا هو الذي لا يختلف **باختلاف العوائد** ولا يقال إن العرف اقتضاه فهذا تلخيص هذا الفرق، وقد اشتمل على ستة ألفاظ لفظ الشركة ولفظ الأرض ولفظ البناء ولفظ الدار ولفظ المرابحة ولفظ الثمار هذه الألفاظ كلها **حكمت فيها العوائد** " (4)

وإذا كانت منفعة السكن هي محل العقد فلا يجوز استعمالها في غير ذلك إلا بوجود قرينة تدل على جواز انتفاع آخر حسب العرف وهذا ما جاء في كشاف القناع :

"وليس للساكن أن يعمل فيها حدادة ولا قصارة ؛ **لأنه ليس العرف** وأيضا يضر بجدرانها ،ولا يجعلها مخزنا للطعام لأنه يضر بها والعرف لا يقتضيه. ولا أن يسكنها دابة لما تقدم قلت(الكلام للبهوتي): إن لم تكن قرينة كالدار الواسعة التي فيها إسطبل معد للدواب، **عملا بالعرف** " (5)

---

**1- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف ، الكويت ، 306/6**

**2- المرجع السابق 270/1**

**3-ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام احمد 181/2**

**4- القرافي ، الفروق ،3-288**

**5- البهوتي ، كشاف القناع 548/3**

**الفرع الخامس : واجبات المستأجر بترميم المأجور وتنظيفه حسب العرف**

**المادة** 695 :

1- يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها **أو جرى العرف** على أنه مكلف بها

2- ويقع على عهدة المستأجر خلال مدة الإيجار تنظيف المأجور وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر **ما يقتضي العرف** بأنه مكلف به .

وما جاء في هذه المادة يتوافق مع المادتين 530و532/ من مجلة الأحكام العدلية كما يلي :

:

(المادة 530) التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم القرميد (أي القرميد وهو نوع من الآجر يوضع على السطوح لحفظه من المطر) فالمستأجر يأخذ مصروفات هذه التعميرات من الآجر وإن لم يجر بينهما شرط على أخذه وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها ما لم يذكر شرط أخذها بينهما ،

(المادة 532 /مجلة) : إزالة الغبار والتراب والكناسة والرماد وغير ذلك أثناء مدة الإجارة على المستأجر.

ويتوافق هذا النص مع بعض ما جاء في الفقه الإسلامي .

جاء في كشاف القناع :

"فأما تفريغ البالوعة والكنيف وما حصل في الدار من زبل وقمامة فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة) لحصوله بفعله ، قال في الإنصاف: ويتوجه أن **يرجع في ذلك إلى العرف ".(1)**

**الفرع السادس :اثر العرف في قيمة التعويض عن فسخ العقد لعذر طارئ من أحد العاقدين .**

**المادة** 710 :

1- يجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارئ يتعلق به أن يطلب فسخ عقد الإيجار وحينئذ يضمن ما ينشأ عن هذا الفسخ من ضرر للمتعاقد الأخر في الحدود التي **يقرها العرف** .

**شرح المادة :**

مرجع هذه المادة المذهب الحنفي حيث جاء في البحر الرائق:

" وتفسخ الإجارة بالعذر ،والأصل فيه أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذرا تفسخ به الإجارة دفعا للضرر. **(2)**

---

**1- البهوتي ،كشاف القناع 21/4**

**1- الموصلي ابن مودود ،الاختيار 61/2 وابن نجيم ، البحر الرائق 42/8 و برهان الين أبو المعالي ،المحيط النعماني 497/7**

أما مسألة الرجوع للعرف في تقدير الضرر فالأصل أن يسبقها حكم ظروف العقد في العصر الحاضر ،وذلك لأن فسخ الإجارة قد يرتب ضرراً على المتعاقد الآخر ،فالحنفية نظروا في مسألة الاستئجار لقلع الضرس والشفاء قبل إجراء العملية ، فالاستمرار في العقد يلحق ضررا مادياً لم يلزم المريض بالعقد، ولكن في العصر الحاضر يلحق ضرراً بالطبيب لأنه قد يحجز غرفة عمليات مدفوعة الأجر قبل مدة من الزمن ، فقواعد العدالة لا تقضي بأن يتحمل الطبيب ضرراً لم يلزمه بالعقد أيضاً

:

**الفرع السابع : الرجوع إلى العرف في الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المعتاد بالأرض** .

**المادة** 719 :

1- يلزم المؤجر إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة .

2- على المستأجر إجراء الإصلاحات التي يقتضيها **الانتفاع المعتاد** بالأرض ، وصيانة السواقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار .

3- وهذا كله ما لم يجر الاتفاق **أو العرف** بغير ذلك .

**توضيح المادة**

قبل أن أبين دلالة العرف في المادة السابقة أود الإشارة إلى تكرار عبارة الرجوع للعرف مؤداه التناقض في ذات المقصود من النص ،وذلك في الفقرة الثانية والثالثة ،فالفقرة (2) ألزمت المستأجر إجراء الإصلاحات التي يقتضيها **الانتفاع المعتاد** بالأرض والفقرة (3) نصت على أن هذا الإلزام ما لم يجر الاتفاق **أو العرف** بغيره ،وكأن المشرع يقول للمستأجر يلزمك الإصلاح الذي يقتضيه الانتفاع المعتاد ما لم يجر المعتاد بغيره ، فوقع التناقض لأن المعتاد هو العرف ، والعرف هو المعتاد كما هو مقرر لغةً وفقهاً . فأرى حذف كلمة العرف من الفقرة (3) من المادة السابقة كي يستقيم الحكم المقصود .

وملاحظة أخرى وهي تكرار الفقرة (1) من المادة السابقة حيث ذكرت إلزام المؤجر بالإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع بالمأجور في المادة (681) فقرة(1) وكذلك في الفقرة (1) من المادة (686)

أما عن الفقرة الثانية من المادة السابقة والتي نصت على أنه يلزم المستأجر إجراء الإصلاحات التي يقتضيها **الانتفاع المعتاد** بالأرض ، وصيانة السواقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار ، والفرق الشكلي الذي لا داعي له في تكرار المادتين أن المواد 681و682 و686 أدرجها القانون تحت الفرع الأول من الإيجار بشكل عام ،والمادة 719 أدرجت تحت الفرع الثاني من إيجار الأراضي الزراعية .ولننظر إلى الفقرة الأولى من المواد السابق لنتبين مدى صحة ما ذكرت

1المادة 681 :- يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ..الخ

المادة 686 : 1- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به ..الخ

:

المادة 719 : 1- يلزم المؤجر إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة

**شرح المادة :**

بالرجوع للمذكرات الإيضاحية فقد أحالت مصدر إحكام المادة السابقة بفروعها الثلاثة إلى المادتين 529-530 من المجلة وشرحها لعلي حيدر**(1)**

فالمادة (529) من المجلة ذكرت صراحة ما يلزم المؤجر من أعمال تخل بالمنفعة المقصودة من الإجارة وهو السكنى للدار والزراعة للأرض المستأجرة ..الخ. - أي بانعدام هذه الأعمال كلها أو بعضها فيتعذر سكنى الدار أو زراعة الأرض ــ أما نقصان الأشياء التي لا تؤثر على السكنى وصلاحية الأرض وكنها من الحاجيات أو التكميليات فيفهم من دلالة المادة أنها على المستأجر،-وهذا ما يمكن أن نطلق عليه الانتفاع المعتاد- إلا بالنص على غير ذلك

،وهذا نص المادة (529) من المجلة

"أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر: مثلا تطهير الرحى على صاحبها ، كذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار .."

وكذلك (المادة 530) من المجلة

التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم القرميد (أي القرميد وهو نوع من الآجر يوضع على السطوح لحفظه من المطر) فالمستأجر يأخذ مصروفات هذه التعميرات من الآجر وإن لم يجر بينهما شرط على أخذه وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها ما لم يذكر شرط أخذها بينهما

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 564/2**

## المطلب الثاني :أثر العرف في أحكام المزارعة

محل الرجوع للعرف في هذا المطلب هو في مسألتين :

:

الأولى- **قيمة التعويض** الذي يعادل ما بذله المزارع من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر **المعروف** إذا كان العقد يلزم دافع الأرض ببذل ما ذكر في حال استُحقت الأرض وذلك كما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية بتطبيق قاعدة الضرر يدفع بقد الإمكان وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان والرجوع إلى ما اشترطه العاقدان في المزارعة كما في المادة 1438 من المجلة .

الثانية- التزام صاحب الأرض بإصلاح الأدوات الزراعية التي يجب عليه تسليمها صالحة للعمل إذا احتاجت إلى الإصلاح نتيجة **الاستعمال المعتاد** ، وذلك لأن الاستعمال خلاف المعتاد يعتبر تفريط وتعدِ يوجب ضمان المزارع أو الأجير **(1)**

**وقد عرفت المادة 723 /مدني أردني – المزارعة بأنها :**

"عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركا بينهما بالحصص التي يتفقان عليها ".

وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي ولفظه قريب مما جاء في مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها :

المادة (1431) المزارعة نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر أي أن تزرع الأراضي وتقسم الحاصلات بينهما. **(2)**

**الفرع الأول : اثر العرف في حقوق المزارع إذا استحقت الأرض .**

ويلزم ذكر نص المادة (728) كاملة وذلك لارتباط الفقرات في بيان المطلوب من النص .

**المادة** 728 :

1-إذا استُحقت أرض المزارعة بعد زرعها قبل أن يحين حصاد الزرع وكان طرفا العقد حسني النية غير عالمين بسبب الاستحقاق فلهما استبقاء الأرض تحت المزارعة إلى نهاية موسم ما زرع فيها وعلى دافع الأرض أجر مثلها للمستحق.

3- وان كان دافع الأرض وحده سيء النية ولم يرض المستحق بترك الأرض لهما بأجر المثل إلى نهاية الموسم يطبق ما يلي:

---

**1- المذكرات الإيضاحية 566/2**

**2- ابن الهمام ،فتح القدير (9/ 479). الدردير ،الشرح الكبير (3/ 539).**

أ- إن كان البذر من دافع الأرض فللمزارع عليه أجر مثل عمله مع تعويض يعادل ما بذله من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر **المعروف** إذا كان العقد يلزمه ببذل ما ذكر ولدافع الأرض أن يتوقى ذلك بأن يؤدي للمزارع قيمة حصته من الزرع مستحق القرار إلى أوان إدراكه .

:

**معنى الاستحقاق**

عرفه ابن عابدين بأنه : "ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير "**(1)**

وعرفه الحطاب في مواهب الجليل بقوله :

"هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض "(2)

وفي لزوم أجر المثل للعامل على من استعمله في حال استحقت الأرض علل ابن قدامة في الكافي سبب استحقاق العامل أجر المثل بقوله :

"إذا بان الشجر مستحقاً، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة؛ لأنه لم يسلم له العوض، فرجع على من استعمله ". **(3)**

ومثل هذا قال المرداوي إلا أنه لم يبين ما إذا كان العامل جاهلاً بالغصب أم لا فقال :

"لو ظهر الشجر مستحقا، فللعامل أجرة مثله على غاصبه" **(4)**

إلا أن صاحب كتاب مطالب أولي النهى ضبط مسألة رجوع العامل على الغاصب بأجر المثل إذا كان يعمل في الأرض ولا يعلم أنها مغصوبة فقال :

"وإن بان الشجر المساقى عليه (مستحقا) - أي ملكا أو وقفا - لغير المساقي بعد عمل عامل فيه؛ فلرب الشجر أخذه وثمره؛ لأنه غير ماله، ولا شيء عليه للعامل وله - أي العامل - إن كان (جاهلا) أن الشجر مستحقا للغير (أجر مثله على غاصب) ؛ لأنه غرسه، واستعمله **(5)**

وهذا ما عبر عنه المشرع في القانون بأنه إذا كان العامل حسن النية فللمزارع عليه أجر مثل عمله مع تعويض يعادل ما بذله من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر **المعروف** إذا كان العقد يلزمه ببذل ما ذكر .

والعبرة في حال الغصب ليست بماهية محل العقد هل هو مزارعة أم مساقاة ،وإنما بأصل العقد هل هو جائز أم لا .

---

**1- ابن عابدين ، رد المحتار ،191/5**

**2- الحطاب ،مواهب الجليل 295/5**

**3- ابن قدامة ، الكافي ،166/2**

**4- المرداوي ، الإنصاف 476/5**

**5- الرحيباني ،مطالب أولي النهى565/3 و البهوتي ، كشاف القناع ، 103/4**

فإذا اتضحت صورة مسألة الاستحقاق يبقى الرجوع للعرف في تعويض يعادل ما بذله المزارع من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر **المعروف** إذا كان العقد يلزمه ببذل ما ذكر.

ويفهم من ذلك أن المزارع إذا دفع أجور عمال دون أن يذكر ذلك في العقد فليس له المطالبة بتعويض حال استحقت الأرض **.**

:

**الفرع الثاني :حكم العرف في إلزام صاحب الأرض بإصلاح الأدوات الزراعية .**

محل البحث في المادة التالية هو إلزام صاحب الأرض بإصلاح الأدوات الزراعية نتيجة الاستعمال **المعتاد** ، هذا بمنطوق النص وأما بمفهومه فإذا وجد تفريط في الاستعمال من قبل العامل فيضمن تجاوزه فيما استعمله من أدوات زراعية

:

**المادة** 729 :

1- على صاحب الأرض تسليمها صالحة للزراعة مع حقوقها الارتفاقية كالشرب والممر ومع جميع ما هو مخصص لاستغلالها إذا كان متصلاً بها اتصال قرار

2- ويلتزم أيضا بإصلاح الأدوات الزراعية التي يجب عليه تسليمها صالحة للعمل إذا احتاجت إلى الإصلاح نتيجة الاستعمال **المعتاد**

المذكرات الإيضاحية ذكرت أن عقد المزارعة له وجه شبه بالشركة وبالإجارة وان بعض أحكام هذه المادة مستقاة من عقد الإجارة في موضوع إجارة الأراضي الزراعية ،وأحالت مصدر أحكام هذه المادة إلى مجلة الأحكام العدلية مادة (529) في أحكام الإجارة**(1)** حيث نصت المادة على أن :"أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر: مثلا تطهير الرحى على صاحبها ، كذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار "

وبالرجوع إلى ذلك في الفقه الإسلامي فنجد تطابقاً بين الفقه والقانون في هذه المسألة حيث أوضح الفقهاء ما يجب على المزارع وصاحب الأرض فيما يتعلق بعقد المزارعة فعلى المزارع ما يتعلق بالعمل وتوابعه ،وعلى صاحب الأرض تكلفة إصلاح الأدوات الزراعية نتيجة الاستعمال المعتاد لأن المزارع يستخدمها في العمل لحساب صاحب الأرض ،وهذا عند جمهور الفقهاء (2)

يقول المرداوي في الإنصاف:

"وعلى رب المال ما يصلحه ، وعبر بعضهم أن ما يتكرر كل عام فعلى العامل، وما لا يتكرر فعلى رب المال، وهذا صحيح في العمل، واستثني شراء ما يلقح به، لأنه ليس من العمل ". **(3)**

---

1. **المذكرات الإيضاحية ،567/2**
2. **أنظر .المرداوي ، الإنصاف ،478/5**
3. **الغيتابي ،البناية شرح الهداية 511/11 و ابن رشد ، بداية المجتهد ،31/4 ، والنووي، روضة الطالبين،159/5 و بن قدامة ،المغني 297/5**

وأضاف أيضاً :

:

"وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل: وإجراء الأنهار، وحفر البئر، والدولاب وما يديره . ويلزمه أيضا: شراء الماء. وما يلقح به. وهذا المذهب ".**(1)**

وذكر الرومي في عمدة السالك في واجبات المساقي وصاحب الأرض فقال :

ووظيفته أن يعمل ما فيه صلاح الثمرة كتلقيح وسقي، وتنقية ساقية، وقطع حشيش مضر ونحوه، وعلى المالك ما يحفظ الأصل، كبناء حائط وحفر نهر ونحوه. **(2)**

ولا فرق بين المزارعة والمساقاة فيما يلزم العامل وصاحب العمل .

وفي ذلك يقول ابن قدامة في المغني :

وحكم المزارعة حكم المساقاة من الجواز واللزوم، وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها؛ لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها **(3)**

---

**1- ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد 166/2 وابن قدامة ، المغني 297/5 والمرداوي ،الإنصاف 478/5**

**2- الرومي ،عمدة السالك م1 ط1 ،174/1و بن قدامة ، المغني 297/5**

**3- ابن قدامة ،المغني ،312/5**

:

## المطلب الثالث :أثر العرف في أحكام المساقاة

يحتوي هذا المطلب على ثلاث مواد قانونية تحكم العرف في بعض أحكام المساقاة

1- في مدة المساقاة حال خلو العقد من بيان المدة

2- والرجوع إلى العرف في إلزام صاحب الشجر بالنفقات التي يحتاج إليها الاستغلال **والعناية المعتادة** كثمن سماد وأدوية لمكافحة الحشرات

3- حكم العرف في الآثار المترتبة على عقد المساقاة حال استحقاق الشجر أو الثمر .

وهذا بالإضافة إلى التعريف بعقد المساقاة

**الفرع الأول : مدة المساقاة حال خلو العقد من بيان المدة .**

**المادة** 739 :

1- إذا لم يبين في العقد مدة للمساقاة تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد ما لم يجر العرف على غير ذلك،

عقد المساقاة في القانون المدني كما عرفته المادة 736 :

1- المساقاة عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها وإصلاحها بحصة معلومة من ثمرها

ويتفق هذا التعريف مع ما ذكره بعض الحنفية بأنه : عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمرها"**(1)**

بالرجوع للمذكرة الإيضاحية في تفسير هذه المادة فقد أحلت ذلك إلى كتب المذهب الحنفي والشافعي وهي رد المحتار لابن عابدين المرشد والمجلة 1442-1445-1447-ومن المذهب الشافعي - نهاية المحتاج **(2)**

وتتوافق الفقرة 739/1من القانون مع المادة التالية من مرشد الحيران التي أشارت إليها المذكرات الإيضاحية كمصدر من مصادر تفسير القانون (مادة 622) مرشد الحيران : "تصح المساقاة بدون بيان المدة وتقع على أول ثمر يخرج من تلك السنة وتصح مع بيان المدة المتعارفة ".

وما أحالته المذكرات الإيضاحية إلى نهاية المحتاج في بيان حكم المادة (739)مخالف تماماً لمنطوقها ومفهومها ،فهو لا يجيز التأقيت بإدراك الثمر ولا يجيز إطلاق العقد فيه

وهذا ما جاء في نهاية المحتاج:

---

**1- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ط3-1992مطبعة التوفيق ،عمان ،570/2**

**2- ابن الهمام ،فتح القدير (9/ 479).**

:

"(ولا يجوز) (التوقيت) لمدة المساقاة (بإدراك الثمر) أي جذاذه كما قاله السبكي (في الأصح) للجهل به فإنه قد يتقدم وقد يتأخر " **(1)**

ويذكر الرملي أيضاً في بيان المدة فيقول :

"فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة لأنها عقد لازم فكانت كالإجارة "**(2)**

إلا أن هناك مصادر فقهية غير ما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية تناولت إطلاق العقد عن مدة المساقاة وأجازت ما تضمنته المادة السابقة من أن المساقة حال الإطلاق تنصرف إلى الجذاذ كما ذكره بعض المالكية وعند الجويني تحمل على إدراك الثمر ، وعند الحنفية تجوز استحساناً بدون ذكر الوقت ، ويقع العقد على أول ثمرة تخرج في تلك السنة لثبوت العادة في ذلك ،وفي أحد قولي الحنابلة لا يشترط ضرب مدة لأنها من العقود غير اللازمة (3)

وأرى أن الرجوع إلى العرف في هذه المسألة لا يفضي إلى المنازعة لأنه يعين مقصود الطرفين، فالعرف عندنا (في الأردن) يقضي بأن بداية نضج ثمار الزيتون تكون في النصف الثاني من شهر تشرين الأول وتنهي في النصف الثاني من شهر كانون الأول كحد أعلى ويراعى في وقت قطف الثمار الظروف الجوية ،وجودة الثمار بما ينعكس إيجاباً على المساقي وصاحب الشجر

**الفرع الثاني : الرجوع إلى العرف في إلزام صاحب الشجر بالنفقات التي يحتاج إليها الاستغلال والعناية المعتادة**

**المادة** 740 :1- الأعمال والنفقات التي تحتاج إليها المساقاة تتبع فيها الأحكام التالية ما لم يتفق على خلافها .

2- النفقات المالية التي يحتاج إليها الاستغلال **والعناية المعتادة** كثمن سماد وأدوية لمكافحة الحشرات إلى حين إدراك الغلة تلزم صاحب الشجر

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية فقد أحالت مصدر هذه الأحكام إلى كتب المذهب الحنفي ،والحق أنه لا يوجد خلاف يذكر بين المذاهب الفقهية**(4)** في وجوب النفقات التي يقتضيها القيام بعمل المساقاة على صاحب الشجر. وذلك لأن محل العقد هو عمل وليس نفقة على العمل ،وضابط الإنفاق هو

---

**1- الرملي ،نهاية المحتاج 253/5- 5، م1 ط ،أخيرة دار الفكر**

**2- الرملي ، شهاب الدين محمد بن أبي العباس ، المرجع السابق 254/5**

**3- البناية شرح الهداية ، 512/11، والحطاب ،مواهب الجليل ،378/5 والجويني ،نهاية المطلب 12/8 والمغني 302/5،**

**4- القرافي ،الذخيرة (6/ 101) م 14 ط1 دار الغرب الإسلامي تحقيق : محمد حجي ، روضة الطالبين (5/ 159)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (5/ 256، 257)، (أسنى المطالب (2/ 397).**

:

العناية المعتادة ، فإذا بالغ العامل بالسقي أو مكافحة الحشرات بما لا يتعارفه الفلاحون فالزيادة في التكلفة المالية لا تلزم صحب الشجر.

وهذا يوافق ما نص عليه الأنصاري في أسنى المطالب لكنه قال : (وإن شرط على أحدهما) في العقد (ما على الآخر بطلت) لمخالفته وضع العقد ،وهذا ما ذكره المرداوي في الإنصاف **(1)**

وقال ابن قدامة: "فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه فشراء ذلك على رب المال؛ لأنه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به، وتفريق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح"**(2)**

**الفرع الثالث : حكم العرف في الآثار المترتبة على عقد المساقاة حال استحقاق الشجر أو الثمر**

**المادة** 742 :

إذا استُحق الشجر أو الثمر وكان المتعاقدان في المساقاة أو أحدهما قد أنفق أو قام بعمل ذي أثر في نمو الشجر أو الثمر ترتب ما يلي بحسب الأحوال:

1- إذا أجاز المستحق عقد المساقاة حل محل دافع الشجر تجاه المساقي في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ويؤدي المستحق إلى دافع الشجر مثل ما أنفقه من نفقات **نافعة بحسب العرف**

2- فان لم يجز المستحق العقد وكانت المساقاة معقودة بحسن نية دون علم أحد من الطرفين بسبب الاستحقاق كان للمستحق الخيار إما أن يأخذ ما استحقه ويدفع للمساقي أجر مثله ويؤدي لدافع الشجر ما أنفق من نفقات نافعة **بحسب العرف** وإما أن يترك لهما الغلة إلى نهاية موسمها ويأخذ من دافع الشجر تعويضا عادلا **بحسب العرف** عما فاته من منفعة بسبب هذا الانتظار

وأحالت المذكرات الإيضاحية تفسير المادة السابقة إلى المواد 31 و91و 96 من المجلة وإلى نهاية المحتاج **(3)**

يقول الرملي في نهاية المحتاج :

" ولو خرج الثمر مستحقا لغير المساقي وإن لم يخرج الشجر كذلك، وقول الشارح بخروج الشجرة مستحقة جرى على الغالب (فللعامل) عند جهله بالحال (على المساقي أجرة المثل) لأنه فوت منافعه بعوض فاسد فرجع ببدلها، كما لو استأجر رجلا للعمل في مغصوب فعمل جاهلا، أما إذا كان عالما بالحال فلا شيء له جزما. " (4)

---

**1 الأنصاري زكريا ، أسنى المطالب 398/3 ،المرداوي ،الإنصاف 353/5**

**2- ابن قدامة ، المغني (5/ 232)،**

**3- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 572/2**

**4- الرملي ،نهاية المحتاج ج260/5**

:

لكن ابن تيمية ذكر تعليلاً وجيهاً فيما يستحقه العامل في هذه المسألة فقال : إذا فسدت وجب له نصيب المثل، لا أجرة المثل، فيجب له من النماء ما جرت به العادة، ولا يجب له أجرة مقدرة فإن ذلك قد يستغرق المال وأضعافه **(1)**

ووجاهة القول بعدم إعطائه أجرة مثله لأنه يلزم من ذلك أن العامل يستحق الأجرة مطلقاً أثمرت الشجر أم لا، وقد تزيد الأجرة على قيمة الشجر، وليست المساقاة عقد إجارة حتى يعطى العامل في فاسدها أجرة المثل كالصحيحة، ولأن العامل قد يعمل سنين طويلة، فلو حكم له بأجرة المثل فقد تكون أكثر من قيمة الشجر، وهو في المساقاة الصحيحة لا يستحق إلا جزءًا من الثمر ، فلا يعقل أن يستحق في العقد الفاسد أكثر مما يستحقه في العقد الصحيح **(2)**

---

**1- ابن تيمية ،مجموع الفتاوى (28/ 84)**

**3- أنظر ، الدبيان ،أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد ،المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ،م20 ،ط2 ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – المملكة العربية السعودية –1432 هـ ، 380/15**

:

**المطلب الرابع :أثر العرف في أحكام الإعارة**

يتضمن هذا المطلب خمس مواد توضح ما يلي

1- ما يجوز للزوجة إعارته حسب العرف

2- أثر العرف في تأقيت الإعارة

3- وما هو وجه الانتفاع المعتاد في العارية

4- والضمان حال الاستعمال خلاف المعتاد

5- والرجوع إلى العرف في مكان رد العارية

وكل ذك محل اتفاق بين الفقه والقانون وبيان ذلك كما يلي

**الفرع الأول : اثر العرف والعادة في ما يجوز للزوجة إعارته .**

**المادة 766**:

لا يجوز للزوجة بغير إذن الزوج إعارة شيء مملوك له ولا يكون **عادة تحت يدها** فان فعلت وهلكت العارية أو تعيبت كان للزوج الخيار في الرجوع عليها أو على المستعير بالضمان. .

**شرح المادة السابقة**

عرفت المادة (760)الإعارة بأنها : تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الاستعمال

أما تعريف الإعارة في الفقه الإسلامي فهو :

تمليك المنافع بغير عوض (1)

ولا خلاف بين الفقه والقانون في ماهية العارية إلا أن القانون نص على قيد المدة ، ولزوم الرد بعد الاستعمال وذكر انتهاء المدة يغني عن شرط الرد بعد الاستعمال لأنه يقتضيه فكان ذكر الرد لغواً .

من الواضح أن القاون استقى هذه المادة من مجلة الأحكام العدلية مع تعديل في الصياغة ،وذلك ما صرحت به المذكرات الإيضاحية **(2)** وهذا نص المجلة

(المادة 833) إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته إياه بلا إذن الزوج فضاع فإن كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا

---

**1- الزيلعي ،تبيين الحقائق (5/ 83)،البابرتي ، العناية شرح الهداية (9/ 3)، ابن الهمام ،فتح القدير (9/ 5)، الغيتابي الهداية شرح البداية (3/ 218)، السرخسي ،المبسوط (11/ 133)، ابن جزي ،القوانين الفقهية (ص 245)، القرافي، الذخيرة (6/ 197)، شرح الخرشي (6/ 120).**

**2- المذكرات الإيضاحية 2 المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 578/2**

:

الزوجة أيضا. وإن لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التي تكون في يد النساء كالفرس فالزوج مخير إن شاء ضمنه لزوجته وإن شاء ضمنه للمستعير.

وتضمنت المادة حكما بصريح النص، وآخر بدلالة مفهوم المخالفة .

أما الصريح : فيمنع أن تعير الزوجة شيئاً يملكه الزوج ولا يكون تحت يدها عرفاً .

وأما بمفهوم المخالفة : فللزوجة وبدون إذن الزوج أن تعير ما جرت العادة أنه من مقتنياتها كأدوات التجميل وملابس النساء (دون تعسف في استعمال الحق) أو قصد بالإضرار بالزوج مادياً أو معنوياً،أو الخروج عن طاعته بحجة ما أباحه لها الشرع من التصرف في ملكها ،وذلك لأن النظام الإسلامي نظام متكامل يلبس ثوب الأدب وحسن النية وتنفيذ الحقوق بالمعروف.

وبالإضافة إلى ما ذكر فهناك أراء فقهية أرجعت مثل هذه المسألة إلى العرف

قال صاحب مواهب الجليل :

ولا شك أن القضاء بالعرف والعادة أمر معمول به في الشريعة في أبواب متعددة من أبواب الفقه كمسألة اختلاف الزوجين في متاع البيت، فما جرت العادة أنه للنساء حكم به للمرأة، وما جرت به العادة أنه للرجال حكم به للزوج . **(1)**

وقال البغدادي في مجمع الضمانات :

الزوجة أو الأمة إذا تصدقت بشيء من مال الزوج أو المولى يرجع إلى العرف إن كان بقدر المتعارف تكون مأذونة بذلك **(2)**

**الفرع الثاني : اثر العرف في توقيت الإعارة .**

**المادة** 769 :

1- إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصا **أوعرفا** فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل ، ولحق المستعير ضرر بسبب ذلك يلزم المعير تعويضه عما لحقه من ضرر .

المادة (826/مجلة) تؤكد أن هناك وقت معتاد للإعارة في حال عدم النص ،وحيث ذكرت المادة أن مدة الإعارة تكون بالنص أو بالدلالة فالعرف يندرج تحت مفهوم الدلالة حتى عند النص على مدة الإعارة فهناك وقت معتاد معفو عنه في زيادة المدة كما في النص التالي للمجلة

---

**1- الحطاب ،مواهب الجليل 238/3**

**2- البغدادي ،مجمع الضمانات 450/1**

:

(المادة 826) العارية المؤقتة نصا أو دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة لكن المكث المعتاد معفو. مثلا لو استعارت امرأة حليا على أن تستعمله إلى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت وكذلك لو استعارت حليا على أن تلبسه في عرس فلان لزم إعادته في ختام ذلك العرس لكن يجب مرور الوقت المعتاد للرد والإعارة.

أما فيما يلحق المستعير من ضرر إذا استردها المعير قبل انتهاء المدة فبينت ذلك (المادة 675) مرشد الحيران:

"للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء ولو كانت مؤقتة أو كان في استردادها ضرر إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع أو كان قريب الزوال فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين في يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر.

وفي هذا المعنى ذكرت المجلة ما نصه :

(المادة 832)" ليس للمستعير استرداد الأرض التي أعيرت للزرع إذا رجع عن إعارته قبل وقت الحصاد سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم غير مؤقتة."

المادة(769 /أردني) تحكم العرف في مدة الاستعارة ، أي أن عقد الإعارة إذا ورد مطلقاً عن قيد الوقت ،فيرجع إلى العرف في ذلك ، وعلة ذلك أن المعير قد يدعي عدم النص على التوقيت بالعقد وأنه مضى من الوقت ما يكفي للانتفاع بالعارية ،فلا يصدق إذا خالفه العرف في أجل العارية وعليه ضمان الضرر.

والمذكرات الإيضاحية **(1)** أحالت مصدر الحكم في المادة السابق إلى المواد (19) من المجلة والتي تنص على أنه لا ضرر و لا ضرار وهو مبدأ عام من مبادئ الشريعة الإسلامية الذي رجع إليه المشرع الأردني في كثير من أحكام القانون المدني .

وجمهور الفقهاء يرون أنه إذا تضمن الرجوع ضررًا بالمستعير لم يجز له الرجوع إلا أن الحنفية والشافعية قالوا: له أجرة المثل **(2)**

قال ابن نجيم في البحر : "رجل استعار من رجل أمة لترضع ابنًا له، فأرضعته، فلما صار الصبي لا يأخذ إلا منها قال المعير: اردد علي خادمي، قال أبو يوسف: ليس له ذلك، وله مثل أجر خادمه إلى أن تفطم الصبي .**(3)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 579**

**2- الشربيني ،مغني المحتاج (2/ 270)، أسنى المطالب (2/ 331)، ابن قدامة ،المغني (5/ 133 - 134).**

**3- ابن نجيم ، البحر الرائق (7/ 280 - 281).**

**الفرع الثالث : اثر العرف في حدود الانتفاع بالعارية والضمان حال الاستعمال خلاف المعتاد .**

:

**المادة** 772 :

1- للمستعير أن ينتفع بالعارية على **الوجه المعتاد** في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمان أو مكان أو بنوع من الانتفاع

وهذه المادة مصدرها مجلة الحكام العدلية

(المادة 816) إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة. مثلا إذا أعار رجل دابة على الوجه المذكور إعارة مطلقة فالمستعير له أن يركبها في الوقت الذي يريده إلى أي محل شاء وإنما ليس له أن يذهب بها إلى المحل الذي مسافة الذهاب إليه ساعتان عرفا أو عادة في ساعة واحدة كذلك لو استعار شخص حجرة في خان كان له أن يسكنها وأن يضع فيها أمتعته إلا أن ليس له أن يشتغل فيها بصنعة الحدادة خلافا للعرف والعادة.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية :

" إذا كان الانتفاع بالمجان، كما في العارية والوصية، فقد ذهب الحنفية - وهو قول عند المالكية في العارية، والصحيح عند الحنابلة في الوصية - إلى أن نفقات العين المنتفع بها تكون على من له الانتفاع. وعلى ذلك فعلف الدابة ونفقات الدار المستعارة على المستعير، كما أن نفقة الدار الموصى بمنفعتها على الموصى له، لأنهما يملكان الانتفاع بالمجان، فكانت النفقة عليهما، إذ الغرم بالغنم. ولأن صاحبها فعل معروفا فلا يليق أن يشدد عليه ". **(1)**

---

**1- الموسوعة الفقهية الكويتية،وزارة الأوقاف الكويتية ، ج309/6**

**الفرع الرابع : ضمان المستعير لعيوب العارية إذا كان ناشئا عن استعمالها على خلاف المعتاد**

:

**المادة** 773 :1- إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصا من قيمتها فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقص إلا إذا كان ناشئا عن استعمالها على **خلاف المعتاد** .

2- إذا تجاوز المستعير **المألوف** في استعمال العارية أو استعملها على خلافه فهلكت أو تعيبت ضمن للمعير ما أصابها.

**شرح المادة السابقة**

تبين هذا المادة ما يوجب ضمان العارية من الاستعمال على خلاف المعتاد إذا حدث عيب ينقص من قيمتها ، والفقرة الأولى والثانية تتحدثان عن سبب واحدة ووسيلة واحدة ونتيجة واحدة بصياغة مختلفة فالسبب هو تعيب الوديعة أو هلاكها ، والوسيلة الاستخدام خلاف المعتاد أو المألوف ، والنتيجة الضمان ، وعلى أية حال فهناك قولان للفقهاء في ضمان العارية .

الأول - أن العارية مضمونة مطلقاً .وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وبعض المالكية **(1)**

الثاني - لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط . وبه قال الحنفية وابن تيمية **(2)**

جاء في كفاية الأخيار : "والمرجع في العدوان إلى العرف" **(3)**

ويعتبر العرف ضابط العيب الموجب لضمان العارية عند السرخسي فيقول :

" الرجوع في معرفة العيب إلى العرف" **(4)**

و المادة القانونية السابقة توافق ما جاء في المادتين 813 و 814 من المجلة ، يقول علي حيدر في شرح المادة 813 من المجلة :" العارية أمانة في يد المستعير يعني أنه لو تلفت العارية في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير أو فقدت أو نقصت قيمتها من استعماله إياها حسب المعتاد وعلى الوجه المشروط في حال الاستعمال أو في غير حال الاستعمال لا يلزمه الضمان ".**(4)**

---

**1- الشافعي ،الأم (3/ 244) م8 بدون ط دار الفكر، المهذب (1/ 363)،النووي ، روضة الطالبين (4/ 431)، الشربيني ،مغني المحتاج (2/ 267) الماوردي،الحاوي الكبير (7/ 115)، المرداوي ،الإنصاف (6/ 112)، ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام أحمد (2/ 382)، ابن قدامة ،المغني (5/ 128)، البهوتي ،شرح منتهى الإرادات (2/ 293)، البهوتي نكشاف القناع (4/ 70)، مطالب أولي النهى (3/ 740).**

**2- الزيلعي ،تبيين الحقائق (5/ 84)،البابرتي ، العناية شرح الهداية (9/ 7)، البغدادي ،مجمع الضمانات (ص 55)،نظام الدين ،الفتاوى الهندية (6/ 354)، النووي،روضة الطالبين (4/ 431)، ابن مفلح ،الفروع (4/ 474)، المرداوي ،الإنصاف (6/ 113)، ابن القيم ،زاد المعاد (3/ 422)**

**3- ابن الرفعة ،كفاية النبيه 283/11 وكفاية الأخيار 297/1**

**4- السرخسي ،المبسوط 51/13 والمجموع شرح المهذب 309/12**

**5- حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام 372/2**

:

والمادة التالية من المجلة تؤيد الاتجاه القانوني في عدم الضمان إلا بالتعدي في الاستعمال خلاف المعتاد وهذا نصها :

(المادة 814) - (إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العارية ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان. مثلا إذا ذهب المستعير بالدابة المعارة إلى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت تلك الدابة أو هزلت أو نقصت قيمتها لزم الضمان وكذا لو استعار دابة ليذهب بها إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابة حتف أنفها لزم الضمان وكذلك إذا استعار إنسان حليا فوضعه على صبي وتركه بدون أن يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي فإن كان الصبي قادرا على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان وإن لم يكن قادرا لزم المستعير الضمان)

وبالنظر فيما ذهب إليه الفقه الإسلامي والقانون ،وكذلك إلى أحوال الناس اليوم فإنني أرجح ضمان العارية مطلقاً وذلك للأسباب التالية :

1- قياساً على ضمان المنتفع في عقود الإجارة ، لأنه من باب أولى أن يضمن من ينتفع بالمجان وقد جرت العادة على أن يشترط المؤجر على المستأجر تسليم المسكن كما تسلمه ،فلا أقل من ذلك بالنسبة للمستعير

2- كي يبقى الخير والمعروف بين الناس ، فما الذي يدفع الإنسان لإعارة شيء بلا عوض ويحتمل هلاكه أو تعييبه ،ثم الدخول في نزاع إثبات التعدي من عدمه ،وعدا عن ذلك فالناس في هذه الأيام يمتنعون عن الإعارة حتى ولو شرط المستعير الضمان على نفسه في كل الأحوال .

أما في الوقت الحاضر فلم تجرِ العادة أن يستعار شيئاً ويُرد معيباً بحجة عدم التفريط ،فالمعروف أن ترد عين العارية أو مثلها أو قيمتها مطلقاً.

**الفرع الخامس : اثر العرف في مكان رد العارية .**

**المادة** 779 :

2- يجب رد العارية في المكان المتفق عليه وإلا ففي المكان الذي أعيرت فيه أو يقضي **به العرف.**

وهذا ما تضمنته المادة (829) من المجلة بالرجوع إلى العرف في مكان رد العارية إذا خلا العقد من تعيين مكان الرد وهذا نص المجلة :

(المادة 829) إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة كالمجوهرات يلزم في ردها أن تسلم ليد المعير نفسه وأما ما سوى ذلك من الأشياء فإيصالها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليما وكذا إعطاؤها إلى خادم المعير رد وتسليم. مثلا الدابة المعارة تسليمها إيصالها إلى اصطبل المعير وتسليمها إلى سائسه.

:

والعرف الحالي يتوافق مع الترتيب الذي بينه القانون في المادة السابقة ،فيكون الرد حسب الاتفاق فإن لم يكن اتفاق في المكان الذي استعيرت منه ،وهذا ما جرت العادة به ، وذلك لأن المستعير صاحب حاجة فيأخذ ما يستعيره من منزل صديق أو من محل ما بدون عوض، فلا يعقل أن يطلب ممن أعاره أن يأتي ليسترد ما أعاره ، فيرد ما استعاره إلى المكان الذي استعيرمنه .

:

**المطلب الخامس :أثر العرف في أحكام الوكالة**

يتناول هذا المطلب مدى الرجوع للعرف في أحكام الوكالة وذلك في ست مواد وهي :

1- نفقات التنفيذ المعتاد للوكالة .

2- البيع بالنسيئة حسب العرف إذا كان العقد لا يقيد الوكيل بالبيع نقداً .

3- إلزام الموكل الحقوق المترتبة في ذمة الوكيل بسبب التنفيذ المعتاد للوكالة .

4- مسؤولية الموكل عن ما يلحق الوكيل من ضرر حال التنفيذ المعتاد للوكالة .

5- رجوع الوكيل بما أنفق على عيال الموكل بناء على طلبه وكذلك القروض والصدقات والهبات حسب العرف.

6- الرجوع في الوكالة المطلقة في البيع والشراء إلى العرف .

وكذلك أود الإشارة إلى التكرار في مضمون المادتين 851 و859 بخصوص رجوع الوكيل على موكله بالنفقات المعتادة

**الفرع الأول - الرجوع للعرف في نفقات تنفيذ للوكالة**

**المادة** 851 :

1- إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله فله الرجوع به على موكله مع ما أنفقه في سبيل تنفيذ الوكالة بالقدر المعتاد .

**المادة** 833/ **مدني أردني :تعريف الوكالة**

" الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ".

وطبقاً لذلك ورد في تعريف الوكالة عند الحنفية

جاء في رد المحتار :

" الوكالة: هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " **(1)**

المذكرات الإيضاحية **(2)** أحالت مصدر هذه المادة إلى المادة 1491 من المجلة وهذا نصها :

المادة (1491) " إذا أعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه فله أن يرجع إلى الموكل يعني له أن يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل وله أيضا أن يحبس المال المشترى ويطلب ثمنه من موكله إلى أن يستلم الثمن وإن لم يكن قد أعطاه إلى البائع. "

---

**1- ابن عابدين ، رد المحتار 510/5**

**2- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 599/2**

:

والمادة القانونية السابقة بينت حكمين يختصان بحقوق الوكيل وهما :

الأول : إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله فله الرجوع به على موكله .وهذا لا نزاع فيه يقول صاحب البناية شرح الهداية :

وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله، وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل؛ لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية .**(1)**

ومن الواضح أن هذا النص هو مرجع المجلة والقانون المدني في المادتين (851 مدني) و(1491مجلة) مضموناً وصياغة :

الثاني : الرجوع بما أنفقه على موكله في سبيل تنفيذ الوكالة بالقدر المعتاد .وهذا فيه بعض التفصيل في الفقه الإسلامي أما النفقة بالقدر المعتاد وبالمعروف فهذا قيد لا يتخلف في الأمور كلها .

(فالضمان منوط بالتعدي)(2) . ولننظر إلى البناء اللفظي في الاعتياد والتعدي ، واعتاد وتعدى والمناقضة في الحكم بناءً على تناقض البناء اللفظي فمتى تجاوز الإنسان الاعتياد أصبح متعدياً .

المادة 1467/مجلة الأحكام) إذا شرطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل استحق الأجرة ، وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة كان متبرعا. فليس له أن يطالب بالأجرة.

والمادة السابقة تدل بمنطوقها على أن الوكيل إذا لم يكن ممن يخدم بالأجرة فلا أجرة له ،وتدل بالمفهوم المخالف أن الوكيل إذا كان ممن يعمل بالأجرة فيلزم الموكل دفع أجرة الوكيل والموكل في العادة لا يوكل مجهول الحال من حيث الكفاءة والثقة والغالب أن الموكل يعلم أن الوكيل يعمل بالأجرة أم لا فالمنازعة في هذا نادرة ،والنادر لا عبرة به .

---

**1- الغيتابي ،البناية شرح الهداية 242/9 و ابن الهمام ، فتح القدير 38/8 والقدوري ،مختصر القدوري 1/ 116 ، م1 ط1 دار الكتب العلمية**

**2- شرح الزركشي على مختصر الخرقي 588/4**

:

**الفرع الثاني ـ البيع بالنسيئة حسب العرف إذا كان العقد لا يقيد الوكيل بالبيع نقداً ،**

**المادة** 854:

1-إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيد بالبيع نقدا فله أن يبيع مال موكله نقدا أو نسيئة **حسب العرف**
وقد أحالت المذكرات الإيضاحية بيان أحكام هذه المادة إلى مرشد الحيران والمجلة **(1)**
المادة (1498/ مجلة الأحكام العدلية)

" للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقدا أو نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة وأيضا إن كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة أو دلالة فليس له أن يبيع نسيئة. مثلا لو قال: الموكل: بع هذا المال نقدا أو بع مالي هذا وأد ديني فليس للوكيل أن يبيع ذلك المال بالنسيئة ".

(مادة 827) مرشد الحيران

" يصح للوكيل بالبيع عند الإطلاق أن يبيع الموكل ببيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه لا بفاحش الغبن ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير حالة أو إلى أجل متعارف. "

ويقول الدَّمِيري في النجم الوهاج :

" فإن وكله ليبيع مؤجلا وقدر له الأجل فذاك، وإن أطلق صح في الأصح، وحمل على **المتعارف** في مثله "**(2)**

وخالف في ذلك صاحب كفاية النبيه في بيانه لأحكام الوكيل بالبيع بقوله:

ولا يبيع بثمن مؤجل - أي: وإن كان قدر ثمن المثل مؤجلاً - لأن الإطلاق يقتضي النقد؛ لأنه **البيع المعتاد في الغالب**، وإنما يباع الشيء نسيئة؛ لعلة فساد، أو كساد،**(3)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 600/2**

**2- الدميري، النجم الوهاج ،44/5 ، م10 ط1 دار المنهاج -جدة**

**3- ابن الرفعة ،كفاية النبيه ، 242/10**

:

**الفرع الثالث ـ الحقوق المترتبة في ذمة الوكيل بسبب التنفيذ المعتاد للوكالة**

**المادة** 858:

"على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة بالقدر المتعارف "

ذكرت في مقدمة هذا المبحث ان هناك تكرار في مسألة إلزام الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة بالقدر المعتاد وذلك بين المادتين (851) و(858)

وبالرجوع للمذكرات الإيضاحية فقد أفادت أن حكم هذه المادة متفرع عن كون الوكيل مفوض عن الموكل وأميناً له ، لذلك على الموكل أن يتحمل جميع ما ترتب في ذمة الوكيل من حقوق وأضرار إلا إذا كان ذلك ناشئاَ عن تقصيره أو خطأه **(1)**

أما موقف الفقه الإسلامي من نفقات الوكيل وما يلحق به من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة،فقد اعتبر الفقهاء أن الوكيل الذي يعمل باجر تنطبق عليه أحكام الأجير ،وكذلك فإنه يلزم الموكل النفقات المعتادة في تنفيذ الوكالة ، وذكر المالكية ذلك في باب التوكيل بالحج وأطلقوا عليه أجير البلاغ .

يقول السلمي في الشامل في فقه الإمام مالك :

"البلاغ نوعان: نوع كالجعالة لا شيء فيه قبل الكمال ولو مات الأجير ونوع يدفع له ما ينفق منه ذهابا وإيابا بالعرف ويغرم السرف ويرد ما فضل ويرجع بما زاد " **(2)**

ويقول الحطاب في مواهب الجليل :

"الأجير على البلاغ إذا أحرم ثم مرض فإنه يستمر على عمله وله نفقته ما أقام مريضا قال سند له نفقته التي كانت تجب له في حال الصحة لأن مطلق العقد إنما ينصرف للغالب والمتعاهد كما في نفقة الأجير ونفقة الدابة "**(3)**

وجاء في مواهب الجليل ووافقه صاحب الشرح الكبير:

"(والبلاغ إعطاء ما ينفقه بدءا وعودا بالعرف) إن من أخذ نفقة ليحج على البلاغ ومن شرط صحة ذلك أن يأخذ من النفقة ما يكفيه غالبا ذاهبا وراجعا فإن أخذ أقل مما يكفيه على أن ينفق من عنده ثم يرجع به كان سلفا وإجارة وكذلك إن لم يأخذ شيئا وإنما استؤجر على أن ينفق من عنده فهو سلف وإجارة وسلف يجر منفعة . وقال ابن عسكر في شرح العمدة: معنى إجارة البلاغ أن المستأجر يلزمه تبليغ الأجير ذهابا وإيابا بقدر كفايته من موضع ابتداء سفره حتى يعود إليه **(4)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 601/2**

**2- السلمي ،الشامل في فقه الإمام مالك : 271/1**

**3- الحطاب ،مواهب الجليل 555/2**

**4- مواهب الجليل 554/2 والدردير،الشرح الكبير14/2**

:

ويلزمه العمل على ذلك ويكون حكمه في الدفع إليه حكم الوكيل في أنه لا يجوز له صرف شيء في غير ما هو بصدده من الحج والعمرة "**(1)**

ويعلل السرخسي لزوم نفقة الوكيل على موكله ذلك لأنه ممتثل أمره فيقول :

"إذا لم تتقيد الوكالة ببلد (معين)؛ كانت مؤنة النقل إلى موضع آخر على الموكل؛ لأن الوكيل في النقل ممتثل أمره ، فيرجع عليه بما يلحقه من المؤنة "**(2)**

**الفرع الرابع ـ مسؤولية الموكل عن ما يلحق الوكيل من ضرر حال التنفيذ المعتاد للوكالة**

**المادة** 859 :

1- يلتزم الموكل بكل ما ترتب في ذمة الوكيل من حقوق بسبب تنفيذ الوكالة **تنفيذا معتاداً**

2-ويكون مسؤولا عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة **تنفيذا معتادا** ما لم يكن ناشئا عن تقصيره أو خطأه.

وقد أرجعت المذكرات الإيضاحية أحكام هذه المادة إلى مجلة الأحكام العدلية (المادة 1491)التي مفادها أن ما يدفعه الوكيل في سبيل تنفيذ الوكالة بالشكل المعتاد يعود به على الموكل ، لأن الوكيل لا يعمل لنفسه وإنما هو ممتثل أمر الموكل .

وفقهاء المالكية يذكرون مسألة إجارة البلاغ التي تعني التوكيل في أداء الحج وما يترب على الموكل من نفقات وأضرار تقع على الأجير حسب العرف حيث جاء في مواهب الجليل :

" الأجير على البلاغ **(3)** إذا أحرم ثم مرض فإنه يستمر على عمله وله نفقته ما أقام مريضا " **(4)**

---

**1-الحطاب ، المرجع السابق1**

**2- السرخسي ،المبسوط 19 /55**

**3- إجارة البلاغ أن تستأجر شخصاً وتقول له أقوم بنفقتك حتى تبلغ الحج فتقوم بنفقة الركوب وبنفقة النـزول وبنفقة الطعام والشراب ونحو ذلك من اللباس والهدي الذي يجب إن كان متمتعاً أو قارناً ولا تنفق عليه شيئاً زائداً على حاجته المحتاج إليها في حجه . انظر الدردير الشرح الكبير ،14/2**

**4- الحطاب ، مواهب الجليل ،554/2 ، الدردير ،الشرح الكبير،14/2**

:

**الفرع الخامس - رجوع الوكيل بما أنفق على عيال الموكل بناء على طلبه ،وكذلك الصدقات والهبات**

**المادة** 860 :

2- وإذا أمره بان يصرف عليه أو على أهله وعياله يعود عليه بما صرفه بالقدر المعروف وإن لم يشترط الرجوع

3- وإذا أمره بإعطاء قرض لآخر أو صدقة أو هبة فليس للمأمور الرجوع على الآمر إن لم يشترط الرجوع ما لم يكن الرجوع متعارفا أو معتادا .

المادة (1508/مجلة الأحكام العدلية) إذا أمر واحد آخر أن ينفق عليه أو على أهله وعياله ، فإنه يرجع على الآمر بمثل ما أنفقه بقدر المعروف وإن لم يكن قد اشترط رجوعه بقوله أنفق وأنا أعطيك النفقة كذلك لو أمره بإنشاء داره فأنشأها المأمور ، فإنه يرجع على الآمر بما أنفقه بقدر المعروف وإن لم يشترط رجوعه.

المادة (1509/ مجلة الأحكام العدلية) لو أمر واحد آخر بقوله: أقرض فلانا كذا درهما أو هبه إياها أو تصدق عليه بها وبعده أنا أعطيك ففعل المأمور ، فإنه يرجع على الآمر. أما إذا لم يشترط الرجوع بقوله مثلا أنا أعطيك أو خذه مني بعد ذلك. بل قال فقط: أعط فليس للمأمور الرجوع ولكن لو كان رجوع المأمور متعارفا ومعتادا بأن كان في عيال الآمر أو شريكه ، فإنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع.

جاء في البحر الرائق :

"الوكيل بالإنفاق أو القضاء أو الشراء أو التصدق إذا أمسك المدفوع إليه ونقد من ماله حال قيامه لا يكون متبرعا" **(1)**

ويقول ابن عابدين :

" إذا قال انفق من مالك على عيالي أو في بناء داري يرجع بما أنفق، وكذا لو قال اقض ديني يرجع على كل حال، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح "_**(2).**

---

**1- ابن عابدين ،رد المحتار 618/3**

**2- ابن نجيم ،البحر الرائق 186/7**

:

**الفرع السادس ـ الرجوع في الوكالة المطلقة في البيع والشراء إلى العرف**

**مادة** 852 :

1- للوكيل الذي وكل ببيع مال موكله بصورة مطلقة أن يبيعه بالثمن المناسب

المادة (1494/المجلة) للوكيل بالبيع مطلقا أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسبا قليلا كان أو كثيرا.

إلا أن مرشد الحيران خالف المجلة فقيد القليل بعدم الغبن الفاحش

وهذا نص (المادة 827) من مرشد الحيران :

"يصح للوكيل بالبيع عند الإطلاق أن يبيع الموكل ببيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه لا بفاحش الغبن ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير حالة أو إلى أجل متعارف."

وعقد العز ابن عبد السلام فصلاً في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال،فقال :

"في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما وله أمثلة أحدها: التوكيل في البيع المطلق فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع تنزيلا للغلبة منزلة صريح اللفظ، كأنه قال للوكيل بع هذا بثمن مثله من نقد هذا البلد إن كان له نقد واحد، أو من غالب نقد هذا البلد إن كان له نقود، ويدل على هذا أن الرجل إذا قال لوكيله: بع داري هذه فباعها بجوزة فعند أهل العرف أن هذا غير مراد ولا داخل تحت لفظه، وكذلك لو وكله في بيع جارية تساوي ألفا فباعها بتمرة، فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مندرج في لفظه لاطراد العرف بخلافه. **(1)**

ويقول السرخسي في المبسوط :

"العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه "**(2)**

ويقول ابن قدامة:

"ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن، فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى "**(3)**

---

**1- العز ابن عبد السلام ،قواعد الأحكام ، 126/2**

2- السرخسي ،المبسوط ، 34/19

3- ابن قدامة ،المغني ، 95/5

:

**المطلب السادس:أثر العرف في أحكام الوديعة**

يتناول هاذ المطلب الرجوع للعرف في  مادتين وهما

1- الإنفاق على الوديعة

2- ضمان الوديعة بالتعدي أو التفريط

**الفرع الأول - أثر العرف في الإنفاق على الوديعة**

**المادة** 885 :

1- إذا انفق المودع لديه على الوديعة بغير إذن المودع أو المحكمة كان متبرعا .

2- إلا أنه يجوز للمودع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن  ينفق بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع .

**المادة** 868 :**:تعريف الوديعة**

1- الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عينا .

2- والوديعة هي المال المودع في يد أمين لحفظه

مضمون الفقرة الأولى من المادة السابقة ورد في مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في المادة  (786) "وإذا أنفق بدون إذن الحاكم فليس له أن يأخذ ما أنفقه من المودع." **(1)**

المادة السابقة  (885) تنص بالمنطوق وتدل بالمفهوم على  وسائل الإنفاق على الوديعة من قبل المودع لديه كما يلي :

أولاً- لا نزاع في استرداد ما أنفق المودع لديه على الوديعة بإذن المودع أو المحكمة ،والمحكمة هي المرجع هنا في تحديد قدر الإنفاق وكيفيته ،وهذا محل اتفاق بين الفقه والقانون .

ثانياً- جواز الإنفاق على الوديعة عند الضرورة دون إذن المودع أو المحكمة ، ويعود تقدير الإنفاق في هذه الحالة إلى العرف ،لأن لفظ (المتعارف الوارد في النص) من مشتقات العرف وبمعناه ،وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية **(2)** التي أشارت إلى مخالفة المشرع للمذهب الحنفي**(3)** الذي لا يجيز الإنفاق على الوديعة بغير إذن المودع أو القاضي ،واخذ برأي الحنابلة  **.(4)**

---

1. **مجلة الأحكام العدلية المادة :786**
2. **المذكرات الإيضاحية، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،2 /606**
3. **السرخسي ، المبسوط 126/11 ، و المجلة مادة ، 786**
4. **ابن قدامة ،المغني 449/6، ابن قدامة ،والشرح الكبير على المقنع ، 291/7**

:

حيث جاء في المغني في الإنفاق على الوديعة إذا كانت من الدواب :

وإن أطلق ولم يأمره بعلفها، لزمه ذلك..إلى أن قال : فإن لم يقدر على الحاكم (أي أن يستأذنه) ، فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها، وأشهد على الرجوع، رجع بما أنفق، رواية واحدة.لأنه مأذون فيه عرفا، ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكما.**(1)**

وفي الاتفاق بين الحنفية والشافعية على حرمة ترك الحيوان من غير نفقة مما يؤدي إلى هلاكه قال علي حيدر في شرح المجلة :

"وذكر في كتب الشافعية أنه إذا أمر المودع المستودع قبل الغيبة بعدم الإنفاق على الحيوان فلم ينفق وهلك الحيوان لا يلزم الضمان ولكنه يكون المستودع اختار الحرمة لسبب حرمة ذي الروح ولربما كانت هذه المسألة غير مخالفة للمذهب الحنفي". **(2)**

ويظهر أن المشرع الأردني نظر إلى واقع الناس وأحوالهم حيث يوجد بعض الاختلاف بين واقعنا وواقع الفقهاء السابقين في متطلبات حفظ بعض الودائع ، فأضافت المادة السابقة فقرة جواز الإنفاق على الوديع في الأمور الضرورية أو المستعجلة حيث يتطلب واقعنا ذلك ،مثال :

إذا كانت الوديعة بقرة حلوب أو فرساً أصيلة أو أي حيوان له قيمة مالية معتبرة (حيث أن قيمة بعض الحيوانات تقدر بآلاف الدنانير) فقد يتعرض أحد هذه الحيوانات لمرض طارئ يتطلب ضرورة استعجال إحضار الطبيب وإلا يترتب على ذلك هلاك هذا الحيوان وخسارة أضعاف ما ينفقه الوديع في ذلك ، فمن هنا كان الحكم بجواز رجوع الوديع على المودع بما انفقه بالقدر المعروف، فالعرف عندنا (في الأردن) لو ادعى الوديع في المثال السابق أن كلفة إحضار الطبيب البيطري وإشرافه كانت بحدود خمسين ديناراً فإنه يصدق في ذلك عرفاً ، أما لو ادعى أن النفقة كانت مائتا دينار فلا يصدقه العرف ، ويحتاج إلى بينة .

وتأكيد على الرجوع للعرف في هذا قال البهوتي في كشاف القناع **(3)**

وإن أودعه بهيمة ولم يأمره ربها بعلفها ولا سقيها لزمه علفها وسقيها؛ لأنه من كمال حفظها، بل هو الحفظ بعينه؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فإن لم يعلفها الوديع أو لم يسقها حتى ماتت ضمنها بالتفريط في حفظها وتعديه به بترك ما أمر به عرفًا أو نطقًا إلا أن نهى الوديع مالك الوديعة عن علفها وسقيها فتركها حتى ماتت فلا يضمن الوديع؛ لأن مالكها أذن في إتلافها

---

1. **ابن قدامة ، المغني 449/6 ، ابن قدامة الشرح الكبير على المقنع 291/7**
2. **علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام 289/2**
3. **البهوتي ، كشاف القناع ، 170/4**

:

فامتثل، كما لو أمره بقتلها فقتلها. ويحرم على الوديع ترك علفها وسقيها حتى مع الأمر بتركها لحرمتها في نفسها فيجب إحياؤها لحق الله تعالى ويرجع منفق على بهيمة نهاه مالكها عن علفها وسقيها حيث قلنا بوجوب ذلك عليه إن نوى الرجوع ومحل ذلك مع تعذر استئذان مالك البهيمة في الإنفاق عليها إما لغيبة أو استشارة. **(1)**

وفي النهاية أرى أن لتفريط هو ضابط المسألة في الإنفاق على الوديعة من عدمه ،وذلك لأن التفريط ينافي الحفظ الذي هو مقصد الوديعة ، والتفريط يرجع فيه إلى العرف .

**الفرع الثاني - ضمان الوديعة بالتعدي أو التفريط**

**المادة** 890 :

1- يعتبر إيداع الأشياء الخاصة بالنزلاء في الفنادق والخانات أو ما ماثلها مقرونا بشرط الضمان وعلى أصحاب هذه الأماكن ضمان كل ضياع أو نقص يحل بها

2- أما الأشياء الثمينة أو النقود أو الأوراق المالية فلا ضمان لها بغير تعد أو تقصير إلا إذا قبل أصحاب المحال المشار إليها حفظها وهم يعرفون قيمتها أو أن يرفضوا حفظها دون مبرر أو أن يكونوا قد تسببوا في وقوع ما لحق بها بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم ، فإنها تكون حينئذ مضمونة على **الوجه المتعارف عليه** .

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية فقد أحالت بيان أحكام هذه المادة إلى بعض قواعد العرف في مجلة الأحكام العدلية وبعض كتب الفقه الإسلامي **(2)**

حيث نصت المادة (43) من المجلة على أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً "ونصت المادة (58)من المجلة على أن" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "وكذلك المادتان 773 و 777 بينتا لزوم الإيداع دلالة فمن العبارات التي ذكرت في المادة (773)ويمكن أن يقاس عليها الحكم القانوني في المادة السابقة بأنه " إذا وضع شخص ماله بجانب صاحب الدكان وذهب ورآه هو أيضا وسكت يكون ذلك المال وديعة عند صاحب الدكان "

ويؤيد ذلك ما ذكره ابن قدامة في الكافي في فقه الإمام أحمد بقوله :

فإن لم يعين لها صاحبها(أي الوديعة) الحرز؛ لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أخر إحرازها فتلفت ضمنها؛ لتركه الحفظ من غير عذر، وإن تركها في دون حرز مثلها ضمن؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق، حمل على المتعارف، وهو حرز المثل .**(3)**

---

**1-البهوتي ، المرجع السابق ، 379/2**

**2- للمذكرة الإيضاحية ،608/2**

**3- ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد ،209/2**

:

وجاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**(1)** أن مذهب الحنفية في حفظ الوديعة كما يكون صراحة فإنه يكون دلالة فقالوا :

"والقبول من الوديع فإنه تارة يكون صريحاً كقبلت أو دلالة كسكوته عند وضع المتاع بين يديه كما إذا وضع ثيابه في حمام بمرأى حارس الثياب فإن ذلك يكون إيداعاً .

وإذا وضع شخص متاعه عند آخر فقال له: لا أقبل إيداعه فتركه صاحبه ومضى فأخذه الآخر الذي لم يقبل إيداعه وأدخله منزله فإنه يعتبر قابلاً بذلك فيلزم أن لا يقصر في حفظه .

وإذا وضع شخص كتابه بين يدي قوم فذهبوا وتركوه فضاع كان عليهم ضمانه وإذا تركوا عنده واحداً منهم فقام وراءهم ضمنه وحده ، لأنه هو الذي وجب عليه حفظه بعد قيامهم. " (1)

وذكر أيضاً مذهب المالكية في حفظ الوديعة دلالة حيث قالوا :

"وأما الصيغة فإنهم لا يشترطون أن تكون باللفظ بل يقولون: إنه إذا وضع متاعه أمام آخر فسكت كان عليه حفظه لأنه بسكوته أصبح ذلك المتاع وديعة عنده إلا إذا رفض قبوله." (2)

وخالف الشافعية في ذلك فقالوا :

"ولا يكفي أن يتركه بين يديه بل لابد من قبضه إياه، فإذا وضع شخص ثوبه أمام آخر وقال له: استودعتك هذا الثوب، فسكت ولم يقبضه لا يكون وديعاً. وعلى هذا فإن الثياب التي يخلعها صاحبها في الحمام لا يلزم صاحب الحمام بها إلا إذا قال له أحفظ ثيابي هذه وسلمها إياه أو أعطاه عليها أجرة؛ فإذا لم يفعل ذلك وضاعت فإن الحمامي لا يضمنها " (3)

يلاحظ مما سبق تضاءل دور العرف في حفظ الوديعة أمام الضوابط والقيود التي وضعها الفقهاء في هذه المسألة .

---

**1- الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، 221/3 - 222**

**2- الجزيري ، المرجع السابق ، /222**

**3- الجزيري ، المرجع السابق ، 221/3**

:

## المبحث السادس :أثر العرف في عقود العمل

### المطلب الأول:أثر العرف في أحكام عقد المقاولة

تبين المواد التالية أثر العرف في عقد المقاولة وهي أربع مواد كالآتي :

1- التزامات المقاول .

2- التزام صاحب العمل في دفع أجرة المقاول .

3- أجرة مهندس البناء .

4- حقوق الورثة ،وذلك بالرجوع إلى العرف عند خلو العقد من الاتفاق .

وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية **(1)** في تفسير هذه النصوص فقد أحالت الباحث إلى بعض كتب الفقه الحنفي والفقه الحنبلي ،بالإضافة إلى مجلة الأحكام ومرشد الحيران ، وإليك البيان .

**الفرع الأول : حكم العرف في واجبات المقاول**

**المادة** 784 :

على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقض الاتفاق **أو العرف** بغيره.

**عرفت المادة (780 /مدني) المقاولة بأنها**

- عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر

**أما قانون مقاولي الإنشاءات رقم (4) لسنة 2014م فعرف المقاولة بأنها :**

عقد لإنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها وتشغيلها وصيانتها

أما مفهوم المقاولة في الفقه في الفقه الإسلامي فلم يرد في كتب الفقهاء بهذا اللفظ ،ولكن من حيث التكييف الفقهي فمرده إلى الاستصناع أو الإجارة على العمل حسب محل العقد ، كما ورد بيانه في المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في قطر سنة 2000م طبقاً لنص المادة (780 / مدني أردني) حيث عرفه المؤتمر بعد اطلاعه على البحوث الواردة إليه كما يلي :

"عقد المقاولة - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع ، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل" **(2)**

---

**1- (للمذكرة الإيضاحية ، 584/2)**

2- **مجمع الفقه الإسلامي الدولي /منظمة المؤتمر الإسلامي / الدورة الرابعة عشرة -الدوحة -قطر 8 - 13 ذو القعدة 1423هـ ، الموافق 11 – 16 كانون الثاني 2003م .**

:

**شرح النص**

توضح هذه المادة الأصل في مقتضى عقد المقاولة بالنسبة للمقاول وهو أن يحضر ما يتطلبه إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ،وبهذا جرت العادة وذلك لأن أدوات المقاولات التي ينصرف إليها العرف المعاصر ذات أثمان باهظة قد تزيد عن قيمة محل المقاولة . مثال ذلك عقد مقاولة على بناء منزل بقيمة 20ألف دينار فقد يحتاج تمهيد قطعة الأرض التي سيقام عليها البناء إلى جرافة ومتوسط ثمنها يزيد عن 50ألف دينار فكيف يرد الاتفاق أو العرف على أن تكون الآلات على صاحب العمل ،وحتى إذا كان محل العقد استصناع أشياء بسيطة كالملابس عند الخياط فلا يتصور في العرف المعاصر أن يطلب الخيط أو المقص أو الإبرة من المستصنع ولا يتصور عرفاً الاتفاق على ذلك ،والحديث هنا عن الأدوات وليس المواد ،لأنه من العادة والمألوف أن يدفع المستصنع قطعة قماش إلى خياط ليخيطها ثوباً بأجر معلوم ،وكذلك أن يحضر صاحب العمل الحديد والإسمنت والرمل ..الخ ويطلب من المقاول التعهد بالبناء .

**مخالفة مرشد الحيران للقانون والعرف**

(مادة 510) مرشد الحيران

"إنما تصح الإجارة أو المقاولة على عمل البناء إذا كانت الآلات والمهمات اللازمة للعمارة من صاحب العمل أما إن كانت من المعماري بأن استأجره ليعمر له كذا بآلات من عنده بأجرة كذا فإنه لا يجوز وإذا عمر المعماري يكون له أجرة مثل عمله وما أنفق من ثمن الآلات."

وسبب ذكر هذه المخالفة أن المذكرات الإيضاحية تحيل بيان الكثير من أحكام القانون إلى مرشد الحيران بعد مجلة الأحكام العدلية

:

**الفرع الثاني : حكم العرف في التزام صاحب العمل في دفع أجرة المقاول .**

**المادة** 793 :

يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك

**شرح النص**

جاءت هذه المادة لتحد من النزاع في وقت دفع أجرة المقاول ، فالاتفاق يقطع الخلاف وبدأت تطرد العادة المعاصرة في كتابة ما يقتضيه عقد المقاولة من قدر أجرة المقاول ووقت دفعها ومدة العمل والشروط الأخرى وذلك حفاظا على حقوق المتعاقدين .والعرف عندنا - في الأردن - يقضي بدفع أجرة المقاول على مراحل حسب إنجاز العمل كما يجيز العرف أن يدفع صاحب العمل دفعة أولى للمقاول عند مباشرة العمل أو بعد إبرام العقد

والمقرر في كتب الفقه الإسلامي لا يخالف ذلك ، والخلاف المشهور في الفقه الإسلامي بين الحنفية والجمهور حول استحقاق الأجرة بموجب العقد أم بإتمام العمل أما المشروط فلا خلاف فيه **(1)**

ومن الواضح ان المشرع الأردني أخذ بالمذهب الحنفي في أحكام المادة السابقة ، وهذا ما ذكرته المجلة

(المادة 466) لا تلزم الأجرة بالعقد المطلق. يعني لا يلزم تسليم بدل الإجارة بمجرد انعقادها حالا.

وقد خالف مرشد الحيران نص المادة (793) من حيث الصياغة التي جاءت مضطربة إلى حد ما مع التوافق في مضمون المادتين

(مادة 517) مرشد الحيران

" ليس للصانع أو المقاول أن يطلب شيئاً من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليمه لصاحبه ولو عجل له صاحب العمل الأجرة أو شيئاً منها جاز إنما إذا كانت العمارة ونحوها جارية في المنزل الساكن به صاحب العمل جاز للصانع أو المقاول أن يطلب الأجر عن القدر الذي عمله ويجبر على تمام الباقي وهذا كله عند عدم الشرط "

---

**1- الزيلعي ، تبيين الحقائق (5/ 106) ، ابن نجيم، البحر الرائق (5/ 5)، نظام الدين، الفتاوى الهندية (4/ 413) ، ابن قدامة ،المغني (5/ 257)، البهوتي ،كشاف القناع (4/ 40)،المرداوي / الإنصاف (6/ 81)،الانصاري زكريا، فتح الوهاب (1/ 423)،الجمل ، حاشية الجمل (3/ 535)،الماوردي، الحاوي الكبير (7/ 396)**

**الفرع الثالث : الرجوع إلى العرف في أجرة مهندس البناء .**

:

**المادة** 797 :

1- إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقا لما جرى عليه العرف .

ويبدو أن هذه المادة صيغت على غرار (المادة 512) مرشد الحيران والتي نصت على ما يلي "إذا لم يعين صاحب العمل أجرة للمهندس على عمله يكون له أجر المثل **مقدراً** على حسب العرف والزمن الذي استغرقه في عمله."

**شرح النص**

يفهم من هذه المادة أنه إذا لم يحدد أجر مهندس البناء فيحدد له أجر مثله وفقاً للعرف ،أما إذا أردنا تفسير النص من خلال عبارته فعبارته فيها نوع من الاضطراب ،حيث ذكرت عبارة (إذا لم يتفق المهندس) دون أن تذكر المادة الطرف الآخر الذي لم يتم الاتفاق معه هل هو المقاول أم صاحب العمل ، فعبارة استحق أجر المثل طبقا لما جرى عليه العرف فيها قيدان متعارضان وهما أجر المثل ،وما جرى عليه العرف فإذا حدد النص أجر المثل انعدم حكم العرف لأن قيمة أجر المثل قد لا تحدد بالعرف فقد تكون عن طريق نقابة المهندسين أو إحدى الوزارات ذات العلاقة ، وإذا خلا النص من ذكر أجر المثل وأحال الأمر إلى العرف فالعرف الصحيح يقضي بأجر المثل ، وبالتالي فذِكر احد القيدين يغني عن ذكر الآخر

وفي الفقه الإسلامي يستحق أجر المثل بمطلق العقد ولا يختص بمهندس أو بغيره بل هو عام في كل من يعمل أو يستأجر ،وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء **(1)** وحالف بعض الشافعية في ذلك فقالوا إذا لم يبين الأجر في العقد فلا يستحق الأجير شيئاً **(2)** وهذا القول إن كان له محل نقاش وأخذ ورد في فقه زمانهم ،فلا محل له اليوم لا في مبادئ الشريعة ،ولا في العرف والعادة ،ولا في قواعد العدالة وإذا كانت أحكام الشريعة قد وجدت لتطبق في الواقع لا أن تناقش في الأبحاث فقط ،فتعالوا لنعرض للناس بعض القضايا الواقعية ونطبق عليها أقوال بعض فقهاء الشافعية .

---

**1- السرخسي، المبسوط (15/ 181)، نظام الدين ،الفتاوى الهندية (4/ 521)، الحطاب، مواهب الجليل (5/ 390)،العبدري ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (5/ 390) ،القيرواني ابي زيد، كفاية الطالب (2/ 248)، المرداوي ،الإنصاف (6/ 17)،البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (2/ 247)،البهوتي ، كشاف القناع (3/ 555).**

**2-الشربيني ، مغني المحتاج 478/3 ، الانصاري زكريا ،أسنى المطالب 425/2 والمجموع 110/15**

:

لو حصل حادث سير ونقل المصابون بدمائهم إلى أحد المستشفيات وبعد أن تلقوا العلاج وأحضرت إليهم فاتورة العلاج قال المرضى نحن نحاسب على المذهب الشافعي ومذهبه :إذا كان الأجر مجهولاً في العقد فلا يستحق الأجير شيئاً والطبيب أجير في العلاج والأجر مجهول. فهل يقبل ذلك عرفاً أو قانوناً ؟

ولننظر إلى ما قاله الشربيني في مغني المحتاج :

"ولو دفع ثوبا بلا استئجار (أي بغير ذكر ما يقتضي أجرة) (إلى قصار ليقصره أو) إلى (خياط ليخيطه) أو نحو ذلك كغاسل يغسله (ففعل) ذلك (ولم يذكر له أجرة فلا أجرة له) على الأصح المنصوص وقول الجمهور؛ لأنه لم يلتزم له عوضا فصار كقوله: أطعمني فأطعمه. قال في البحر(البحر في المذهب، للروياني): ولأنه لو قال أسكني دارك شهرا فأسكنه لا يستحق عليه أجرة بالإجماع، (وقيل: له) أجرة مثل، لاستهلاك الدافع عمله، (وقيل: إن كان معروفا بذلك العمل) بأجرة (فله) أجرة المثل. وقال الشيخ عز الدين(العز ابن عبد السلام): **تجب له الأجرة التي جرت بها العادة** لذلك العمل وإن زادت على أجرة المثل، (وإلا) أي وإن لم يكن معروفا بذلك العمل (فلا) أجرة له، (وقد يستحسن) هذا الوجه **لدلالة العرف** على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره، وعلى هذا عمل الناس. وقال الغزالي: إنه الأظهر. وقال الشيخ عز الدين: (العز ابن عبد السلام) إنه الأصح، وحكاه الروياني في الحلية عن الأكثرين، وقال إنه الاختيار. وقال في البحر: وبه أفتي به وأفتى به خلائق من المتأخرين، وإذا قلنا لا أجرة له على الأصح فمحله كما قال الأذرعي: إذا كان حرا مطلق التصرف " (1)

ويقول الشربيني في مغني المحتاج :

"من دخل سفينة بإذن صاحبها حتى أتى الساحل فإنه كالأجير فيما ذكر: أي فلا أجرة له " **(2)**

---

1. **الشربيني ، مغني المحتاج ،478/3 ، الانصاري ،زكريا ،أسنى المطالب 425/،2، والمجموع، 110/15**
2. **الشربيني ، مغني المحتاج ، 479/3**

:

**الفرع الرابع : أثر العرف في حقوق ورثة المقاول**

**المادة** 804 :

1- ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقا على أن يعمل بنفسه ، أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد .

2- وإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط، أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

3- وفي كلا الحالين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقا لشروط العقد وما **يقتضيه العرف**

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية **(1)** فقد أحالت بيان أحكام هذه المادة إلى مذاهب الفقه الإسلامي إذ لا خلاف أن أجرة العامل عن المدة التي عمل فيها تنتقل إلى الورثة

وهذا ما ذكره القرافي في الذخيرة :

"المجاعل على البئر يتركه اختيارا بعد بعض العمل فيستأجر صاحب البئر على إتمامه يكون للأول بقدر ما انتفع فيكون للورثة هنا وإذا مات الأجير ليس لوارثه القيام ببقية العمل بل له من الأجرة بقدر ما عمل مورثه " **(2)**

وقال صاحب النوادر والزيادات على المدونة :

"وفي البناء إذا مات الأجير قبل تمامه، لم يتم من ماله، وله بقدر ما عمل **(3)** ".

ويلزم من هذا بإشارة النص انتقال أجرة العامل للورثة

---

**1- المذكرات الإيضاحية، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،587/2**

**2- القرافي ، الذخيرة،57/6**

**3- القيرواني ابو زيد ،النوادر والزيادات على المدونة، 32/7، الماوردي ، والحاوي الكبير، 274/4**

:

## المطلب الثاني :أثر العرف في أحكام عقد العمل

في هذا المطلب ست مواد تناولت أثر العرف في عقد العمل كما يلي :

1- العقد المطلق عن مدة العمل .

2- في بيان أجرة العامل .

3- وفيما يتبع أجرة العامل .

4- تحديد واجبات العامل .

5- تحديد توابع العمل .

6- تحديد واجبات صاحب العمل .

وقد أحالت المذكرات الإيضاحية تفسير هذه المواد إلى مجلة الأحكام العدلية وكتب المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي **(1)** وفيما يلي بيان ذلك

**الفرع الأول - أثر العرف في العقد المطلق عن مدة العمل**

**المادة** 808 :

تبدأ مدة العمل من الوقت الذي عين في العقد فإن لم يعين وقت بدئه فمن تاريخ العقد ما لم يقض العرف أو ظروف العقد بغير ذلك

**شرح النص**

تبين هذه المادة محددات بداية مدة العمل وذلك بإحدى طريقتين ما لم يقض العرف أو ظروف العقد بغير ذلك الترتيب :

1- الوقت المعين في العقد . وذلك لأنه تم الإيجاب والقبول عليه ،والعقد شريعة المتعاقدين

2- إذا كان العقد مطلقاً عن بدء المدة . فالمدة من تاريخ العقد

وفي هذه النقطة هناك بعض الاختلاف بين الفقه والقانون ،حيث إن الفقهاء يقيدون العقد المطلق بالعرف يقول ابن رجب في كتابه القواعد :

"العقد المطلق يحمل على عرف الناس وعادتهم." **(2)**

ومثل ذلك ذكر السرخسي بقوله :

"مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف " (3)

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،588/2**

**2- ابن رجب،القواعد، 277/1**

**3- السرخسي ،المبسوط ،11/ 115**

:

وتظهر جلياً معارضة العرف وظروف العقد .للقيدين السابقين ،وتوجيه ذلك أن العاقدين قد يضربان أجلاً في بدء العمل تحول الظروف دون تنفيذه كالأمطار الشديدة والثلوج في أعمال البناء وقد يجهل العاقدان الوقت المناسب لبدء مدة العمل كتحديد قطف ثمار الزيتون أو الخضار أو الفاكهة بوقت معين ،ثم يظهر أن الثمر لم ينضج بعد .

وحول ذلك يقول صاحب حاشية الروض المربع :

"لا يشترط تفصيل ما يلزم العامل من عمله، بل يحمل المطلق في كل مكان على عرفه الغالب."**(1)**

ويقول ابن رجب تفريعاً على قاعدة :تخصيص العموم بالعادة :

لو استأجر أجيرا يعمل له دون مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بلا خلاف. **(2)**

**الفرع الثاني - أثر العرف في بيان أجرة العامل**

**المادة** 810 :

2- فإذا لم يكن الأجر مقدرا في العقد كان للعامل أجر مثله طبقا لما جرى عليه العرف فإذا لم يوجد عرف تولت المحكمة تقديره وفقا لمقتضيات العدالة

وبمقارنة نص المادة السابقة بالفقه الإسلامي لا نجد خلافاً يذكر في إثبات أجر المثل للعامل إذا كان العقد مطلقاً عن تسمية الأجرة ، وهذه بعض النصوص الفقهية للدلالة على ذلك :

(مادة 512) مرشد الحيران

" إذا لم يعين صاحب العمل أجرة للمهندس على عمله يكون له أجر المثل مقدراً على حسب العرف والزمن الذي استغرقه في عمله."

ويقول الدر دير في الشرح الكبير :

" واعلم أن الإجارة قد يقضى بها شرعا، وإن لم يحصل عقد وذلك في الأعمال التي يعملها الشخص لغيره ومثله يأخذ عليها أجرة، وهي كثيرة جدا منها تخليص دين وذلك أن من قواعد الفقه أن العرف كالشرط، وأن العادة محكمة "**(3)**

إلا أن ذكر حكم العرف مع أجر المثل فيه زيادة قيد لا يسهم في رفع النزاع ،فالقول بأجر المثل يغني عن الرجوع للعرف، والرجوع للعرف يقضي بأجر المثل

---

**1- النجدي ،حاشية الروض المربع، 284/5**

**2- ابن رجب ، القواعد، 277/1**

**3- الدردير ، الشرح الكبير ، 2/4**

:

**الفرع الثالث- أثر العرف فيما يتبع أجرة العامل**

**المادة** 811 " تدخل في أجر العامل وتعتبر جزءا منه العمولات والنسب المئوية والمنح ومقابل الخدمة في الأعمال التي **جرى العرف** فيها على منحها وتحتسب عند تسوية حقوقه أو توقيع الحجز عليها"

ويستفاد معنى هذا الحكم بالمفهوم المخالفة من المادة (567) وشرحها لعلي حيدر والتي جاء فيها (المادة 567) العطية التي أعطيت للخدمة من الخارج لا تحسب من الأجرة.

"العطية التي تعطى للخادم من أحد الناس لا تحسب من الأجرة التي يأخذها من سيده، وعليه يجب أن تعطى له أجرته على حدة؛ لأن العطية التي تكون على هذه الصورة هبة والهبة تكون بمقتضى المادة (861) ملكا للموهوب له بالقبض والموهوب له في هذه الحال الخادم، وليس سيده أي إن العطية لم توهب إلى السيد، ولم تسلم إليه حتى يكون مالكها " **(1)**

فمفهوم المخالفة هنا يقضي بأن ما يعطى للعامل من صاحب العمل أو وكيله يعتبر من الأجرة إذا كان يتعلق ببدل الخدمة كالعمل الإضافي ،أما ما يطلق عليه الإكراميات في الأعياد والمناسبات فلا يعد في العرف من الأجرة

**الفرع الرابع - أثر العرف في حفظ أسرار العمل**

**المادة** 814 : يجب على العامل :5- أن يحتفظ بأسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ولو بعد انقضاء العقد وفقا لما يقتضيه الاتفاق **أو العرف**.

وبمقارنة هذا النص مع مبادئ الشريعة الإسلامية وجريان العرف بين الناس نجد توافقا على مضمون النص القانوني في حفظ الأمانة وإتقان العمل وحفظ أسراره ،فالذي يعمل في عيادة الطبيب عليه أن يحافظ على أسرار المرضى ،وكذلك من يعمل في مكاتب المحاماة يلزمه حفظ أسرار الناس وكذلك من يعمل عند القاضي أو المفتي ..الخ وذلك ما أشارت إليه المذكرات الإيضاحية في بيان أحكام هذه المادة **(2)** قال تعالى : **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَخُونُواْ اللّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُواْ أَمَانَاتِكُمْ} [الأنفال: 27]** وقال تعالى : **{والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون} {المعارج 32}**

وقال صلى الله عليه وسلم :"إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه " **(3)**

---

**1- حيدر ، درر الحكام ،653/1**

**2- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 590/2 و591**

**2– ا رواه البيهقى في ( شعب الإيمان ) ( 4/ 334 )وقال الألباني صحيح ، صحيح الجامع الصغير ،383/1، (حديث حسن)**

:

**الفرع الخامس ـ أثر العرف في تحديد توابع العمل**

**المادة 815** :

" يلتزم العامل بكل ما جرى العرف على أنه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد ".

المادة السابقة تتوافق في مضمونها مع الفقه الإسلامي ، وهناك مادة أخرى في القانون تشمل جميع العقود فيما يتعلق بمستلزماتها وهي :

**الفقرة 202/2 مدني**: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف."

وكذلك (**المادة 574/المجلة**) "كل ما كان من توابع العمل، ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها، كما أن العادة في كون الخيط على الخياط ، وكل ما كان من توابع العمل في الإجارة الواقعة على العمل، ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلد الذي عقدت فيه الإجارة "**(1)**

ويقول الكاساني في توابع العقد في باب الإجارة :

" إن توابع العقود التي لا ذكر لها صريحاً في العقود تحمل على عادة كل بلد " **(2).**

وذكر بعض الأمثلة على توابع العقود :

"وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وأبى المكاري، قالوا: قال أبو حنيفة: عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه ،وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر: إن حثي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به، وإخراج الخبز من التنور على الخباز؛ لأن ذلك من تمام العمل. " **(3)**

يقول السرخسي في توابع الإجارة :

" والمرجع في ذلك إلى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الإجارة فإن ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة " **(4)**

---

**1- أنظر،الكاساني ،البدائع ،209/4 و حيدر ،شرح المجلة، 660/1 ، ورد المحتار ،ابن عادين 54/6**

**2- ـالكاساني ، بدائع الصنائع ،209/4**

**3- الكاساني ،المرجع السابق،209/4**

**4- السرخسي ،المبسوط ،121/15 الكاساني ،بدائع الصنائع ، ج4/ 209 ، ونظام الدين ،الفتاوى الهندية 432/4**

:

ويفصل بعض فقهاء الحنفية أثر الرجوع للعرف في توابع الإجارة في إجارة المرضع واستئجار الطباخ والخياط وحفار القبور والحمال وغيرهم فقالوا :

وليس عليها (أي المرضع)من عمل أبوي الصبي شيء إن كلفوها عجنا، أو طبخا، أو خبزا؛ لأنها التزمت بالعقد الظئورة، وهذه الأعمال لا تتصل بالظئورة فلا يلزمها إلا أن تتطوع به، فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر؛ لأن هذا من عمل الظئورة، وإن كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام؛ لأنها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهيئه له؛ لأن ذلك من عمل الظئورة فقد جعل الدهن والريحان عليها، بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك إلى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الإجارة فإن ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قيل: في استئجار اللبان: إن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن بناء على عرفهم، والسلك والإبرة على الخياط باعتبار العرف ،فإن كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون، وحثي التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف، وإدخال الحمل المنزل على الحمال إذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح، أو الغرفة للعرف، وإذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا إلى منزله فإنزال الحمل عن ظهر الدابة على المكاري وفي إدخاله المنزل يعتبر العرف فهو الأصل، أما التوابع التي لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة

**الفرع السادس ـ أثر العرف في تحديد بعض واجبات صاحب العمل**

**المادة** 824 :

يلزم صاحب العمل كسوة العامل أو إطعامه إذا جرى العرف به سواء اشترط ذلك في العقد أم لا (المادة /576/ المجلة) لا يلزم المستأجر إطعام الأجير إلا أن يكون **عرف البلدة كذلك**.

يلاحظ التعارض بين القانون والمجلة في صياغة المادة السابقة التي أحالت المذكرات الإيضاحية التفسير إليها **(1)**.

فالحكم في المجلة أن الأصل عدم إطعام العامل إلا إذا جرى العرف بذلك .

أما القانون فالأصل فيه الرجوع للعرف حتى اشترط في العقد خلاف ذلك .

وعلى العموم فالعرف مختلف ومتغير في هذه المسألة ،والأغلب وجود اتفاق بين العامل وصاحب

---

**1- الشيباني ،الأصل 457/3 و السرخسي ، المبسوط ،121/15**

**2- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،292/2**

:

العمل على من يكون طعام العامل ، ومن هنا يجب العودة إلى نص المادة السابقة حول المقصود بعبارة " سواء اشترط ذلك في العقد أم لا" .وبالتحديد ما هي دلالة (أم لا)

هل معنى ( أم لا) أنه سكت المتعاقدان عن اللزوم (الحكم الوجودي)

أم معنى (أم لا) اشتراط عدم الإطعام (الحكم العدمي)

ففي المعنى الأول ـ أن العقد مطلق عن شرط الإطعام فيحمل المطلق على العرف

والمعنى الثاني ـ وجود اتفاق في العقد على عدم إلزام صاحب العمل بإطعام العامل ،إلا أن جريان العرف بغير ذلك نسخ هذا الاتفاق ،فاعتبر العرف هنا من باب القواعد الآمرة وليس المكملة في القانون .

أما بالنسبة لكسوة العامل في زماننا فالعرف في ذلك نادر والنادر لا حكم له.

قال ابن قدامة في المغني:

"وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة، كما يوصف في السلم، جاز ذلك عند الجميع، وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة، فنفقته وكسوته على نفسه. وكذلك الظئر. قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت" **(1)**

والنفقة والكسوة عند ابن رجب إما أن تكون بحد ذاتها عوضاً عن العمل أو غير عوض ويذكر صور ذلك بقوله :

"اشتراط النفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة وأما غير المعاوضة فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبسا بالعمل ويقع ذلك في العقود الجائزة إما بأصل الأصل أو لأنه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة ومنها: الشركة ومنها: الوكالة ومنها: المساقاة والمزارعة " **(2)**

---

**1-ابن قدامة ، المغني ، 365/5**

**2-ابن رجب ، القواعد ،132/1**

:

## المبحث السابع : أثر العرف في عقود الغرر

### المطلب الأول :أثر العرف في الالتزام بتعليم أو علاج

يحتوي هذا المطلب على مادتين تحكمان العرف في الالتزام بالوعد وهما 1- أثر العرف في الالتزام بالوعد 2- حقوق الملتَزم له بعد وفاة الواعد

إن ما يلفت النظر أن هاتين المادتين أنهما أدرجتا تحت الفصل الثاني - من الباب الرابع - المسمى **(عقود الغرر)** حيث ذكر في الفصل الأول :الرهان والمقامرة ،والفصل الثاني : المرتب مدى الحياة والفصل الثالث : عقود التأمين .وعندما تطرقت المذكرات الإيضاحية لتفسير هاتين المادتين ذكرت ما نصه : "إن هذه المواد بنيت أساسا على إلزام الوفاء بالوعد قضاءً اعتمادا على ما ذهب إليه الإمام ابن شبرمة الذي يقول أن الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر وعلى ما ورد في الأحاديث الصحيحة من ضرورة الوفاء بالوعد وعلى ما ذكره المالكية من الوفاء بالوعد في بعض الصور وكما ورد في المحلى فقرة 1125" (1)

ووجه الاعتراض على ما سبق أن يدرج الوفاء بالوعد تحت عقود الغرر حسب تقسيم القانون وحسبما قررته المذكرات الإيضاحية .

اما ما ذكرته المذكرات الإيضاحية حول ما جاء في المحلى من لزوم الوفاء بالوعد فهو مخالف لما ذكره ابن حزم ومفاده أن الوعد غير ملزم وعبر عن ذلك بقوله :

"ومن وعد آخر بأن يعطيه مالا معينا ،أو غير معين ، أو بأن يعينه في عمل ما - حلف له على ذلك، أو لم يحلف - لم يلزمه الوفاء به، ويكره له ذلك، وكان الأفضل لو وفى به ، وسواء أدخله بذلك في نفقة أو لم يدخله كمن قال: تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقها بكذا وكذا، أو نحو هذا."**(2)**

وذكر ابن حزم صورة عن الوفاء بالوعد عند الإمام مالك وردها بأشد العبارات حيث قال :

"وقال مالك: لا يلزمه شيء من ذلك إلا أن يدخله بوعده ذلك في كلفة، فيلزمه ويقضي عليه.

وقال ابن شبرمة الوعد كله لازم، ويقضي به على الواعد ويجبر،.فأما تقسيم مالك: فلا وجه له ولا برهان يعضده، لا من قرآن، ولا سنة، ولا قول صاحب، ولا قياس" **(3)**

ويناقش قول ابن حزم بأنه لا يأخذ بالقياس ،فكيف ينكر على من خلا استدلاله من القياس ؟ ومن وجه آخر أي قاعدة في شريعتنا تجيز لمسلم بالغ عاقل يدخل غيره في نفقة ثم يتخلى عن ذلك

---

**1- المذكرات الإيضاحية، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ، 614/2**

**2- ابن حزم ،المحلى 278/6**

**3- المرجع السابق ، 278/6**

:

كمن يقول لمريض بحاجة إلى عملية جراحية ولا يملك نفقتها أدخل المستشفى وأنا ادفع تكاليف العملية وبعد ذلك يتخلى عن التزامه ،ليتحمل المريض نفقات ما قبل العملية من تحليل وفحوصات طبية ' تم ضرر عدم إجرائها

**الفرع الأول - أثر العرف في الالتزام بالوعد**

**المادة** 916 :

2- فإذا تعلق الالتزام بتعليم ،أو علاج، أو إنفاق، فإنه يجب الوفاء به طبقا لما **يجري به العرف** إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك.

3- ويشترط في صحة هذا الالتزام أن يكون مكتوبا .

المفهوم القانوني للالتزام في المادة السابقة هو عمل قانوني يتم بإرادتين ولا يلتزم فيه إلا طرف واحد ويعتبر عقداً **(1)** وهذا ما تضمنه النص التالي في المادة 92/مدني أردني

" صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزما إذا انصرف إليه قصد العاقدين " .

والظاهر أن القانون يضع الوعد في دائرة الالتزام كما في المادة التالية

المادة 254 /مدني أردني

1- الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في المال وقد يقع على عقد، أو عمل .

2- ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت، أو يفلس

وباستقراء الآراء الفقهية في هذا المسألة فإن جمهور الفقهاء من الحنفية ،والشافعية ،والحنابلة، لا يعتبرون الوعد ملزما ، ويستحب الوفاء به ديانة **( 2)**

وبهذا يتضح أن المذهب المالكي هو المرجع في بيان أحكام هذه المادة ،حيث أنهم فرقوا بين الوعد والالتزام .

يقول الحطاب في تحرير الكلام في مسائل الالتزام :

"والالتزام الأخص بما كان بلفظ الالتزام ، وتخرج العدة (بكسر *العين وفتح الدال ،أي الوعد)* لأنه لا التزام فيها ،وهذا القسم يقضى به على الملتزم ما لم يفلس أو يمت أو يمرض مرض الموت إن

---

**1- سلطان ،أنور ،مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ) الجامعة الأردنية ط1 ،عمان 1987 ص 277**

**2- السرخسي ، المبسوط ،134/4النووي ،المجموع (4/ 485)،ابن مفلح ،المبدع (9/ 345)،المرداوي، الإنصاف (11/ 152).**

:

كان الملتزم له بفتح الزاي معيناً، ولا أعلم في القضاء به خلافاً إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف معروف في المذهب " **(1)**

ونقل الحطاب عن ابن عرفة: العِدَة (أي الوعد)إخبار عن إنشاء المخير معروفاً في المستقبل . وقال الحطاب :. ولا خلاف في استحباب الوفاء بالوعد" .**(2)**

والاستحباب لا يرقى إلى مرتبة الإلزام كما هو مقرر أصولياً

ولزوم الوفاء بالوعد مثبت في كتب المالكية حيث ذكر ذلك الحطاب بقوله :"المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يقضى به عليه ما لم يمت أو يفلس" **(3)**

وعند الحنفية لا يلزم الوفاء بالوعد ولكن يندب إليه ،يقول السرخسي :

" المواعيد لا يتعلق بها اللزوم، ولكن يندب إلى الوفاء بالوعد ".**(4)**

أما عن أثر العرف في ذلك فالعرف لا يُلزم الوفاء بالوعد ولكن إخلافه لا يعتبر من أخلاق الرجال ولا يتصور عرفاً أن يقاضى من يخلف الوعد ،ولم تجر العادة بذلك ،ومن أمثلة ذلك في مجتمعاتنا :ان يقول شخص لآخر إذا تزوجت أهديك مائة دينار أو هاتف ..الخ وحصل الزواج ولم يتم الوفاء بالوعد ،فهذا ديانة وعرفاً خلق مذموم وصاحبه مجروح الثقة بين الناس ،لكنه لا يقاضى ولم تجر العادة بذلك .

وأما الالتزام الوارد بنص المادة السابقة (916) فهو منضبط بالكتابة وهو عقد ملزم من طرف واحد ،فلهذا يتضاءل أثر العرف فيه ،وذلك لأن الرجوع للعرف في القانون عند عدم النص ، أو الحكم في الفقه الإسلامي أو أحد مبادئ الشريعة الإسلامية .ويقابل هذا المعيار في الفقه الإسلامي القاعدة المشهورة عند الفقهاء (أن ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ) فإذا سكت عن المسألة عرفاً تعود إلى الاتفاق .

يقول الحطاب في تحرير الكلام :

"من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك لأن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يفلس أو يمت " **(5)**

---

**1- الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ،72/1**

**2- المرجع السابق 153/1**

**3-عليش، منح الجليل 222/8، وابن رشد ، البيان والتحصيل 8 /67 ، الحطاب ، مواهب الجليل 56/6 و تحرير الكلام 75/1**

**4- السرخسي ، المبسوط 132/4**

**5-الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام 75/1**

:

**الفرع الثاني -أثر العرف في حقوق الملتَزم له بعد وفاة الملتزم**

**المادة** 919 :

" إذا مات الواعد قبل وفاة الملتزم له ، حل الأجل وجاز لهذا أن يطلب ما يصيبه من التعويض عن الأيام التي عاشها الواعد ضمن **الحدود المتعارف عليها وان** يرجع على التركة بذلك بصفته دينا إن كان الوعد لقاء عوض وبصفته في حكم الوصية إن كان بدون عوض ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "

وبالرجوع للمذكرات الإيضاحية فقد أرجعت أحكام هذه المادة إلى مباحث الفقه الإسلامي القديمة والحديثة ومنها ما نصت عليه (المادة 83 مجلة الأحكام العدلية)" يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان" **(1)**

ويتضح من المادة (919)أن محل الالتزام لا يسقط بعد وفاة الملتزم سواء كان الالتزام بعوض أو بغير عوض

وفقهاء القانون يفرقون بين عقود المعاوضة وعقود التبرع والعقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، فهذه ثلاثة أقسام :

الأول – العقد الملزم للجانبين باعتباره تبرعا وليس معاوضة كالهبة **(هبة الثواب)**. وهذا ما صرحت به المادة (2/557مدني) التي نصت على ما يلي :

2– ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضا

الثاني– التفرقة بين العقد الملزم لجانب واحد وعقد الترع ، فالعقد الملزم لجانب واحد كالوديعة المأجورة فالعقد ملزم للوديع ولا التزام على المستودِع

الثالث– الوعد يرتب التزام على الطرف الأول (الموجب) والتبرع يرتب التزام على الطرف الثاني (كالمستعير) **(2)**

وصورة الالتزام بغير عوض معروفة :وهي بذل مال في المستقبل لشخص معلوم أو جهة معلومة على وجه الإحسان والمعروف تبرعاً كتعليم أو علاج أو مشروع خير

أما صورة الالتزام بعوض :كأن يقول شخص لطالب جامعي أعطني ألف دينار وانا أكمل

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 614/2**

**2- أنظر ، سلطان ،أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،مقارنة بالفقه الإسلامي ،ط1 ،منشورات الجامعة الأردنية ،1987 ص375**

:

نفقة تعليمك ،ويتم ذلك بالكتابة حسب القانون، وكذلك الأمر في علاج مريض أو مشروع خير
يقول الحطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام :
"إذا كان الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه نحو أن أعطيتني عبدك، أو دارك أو فرسك فقد ألتزمت لك بكذا أو فلك على كذا أو فلك عندي كذا الشيء يسميه، أو فقد أسقطت عنك الدين الذي لي عليك، أو إن أعطيت ذلك لفلان أو إن أسقطت الدين الذي لك على فلان فلك عبدي الفلاني أو داري ونحو ذلك فهذا من باب هبة التواب وقد صرحوا بأنه إذا سمى فيها الثواب أنها جائزة ولم يحك في ذلك خلافاً، وأنها حينئذ بيع من البيوع فيشترط في كل من الملتزم به والملتزم عليه ما يشترط في الثمن والمثمن من انتفاء الجهل والغرر" **(1)**
ويثبت الزرقاني انتقال محال الالتزام في مال الملتزم بعد موته بالصورة التالية :
" التزام ثمن لأجنبي اشترى شيئًا ثم مات الملتزم فيلزمه في ماله بأنه أوجبه في ماله فلزم بعد موته "**(2)**
وإذا قسنا الالتزام مقابل عوض بهبة الثواب فهي لا تسقط بالموت ، أو المرض، أو الفلس كما يقول صاحب الفواكه الدواني :
"هبة الثواب شبيهة بالبيع ، ولذا لو مات الواهب للثواب قبل حيازة الهبة لم تبطل ويجب تنفيذها، ولا تبطل بموت أومرض أو فلس واهبها قبل حوزها فليست كغيرها من أنواع العطايا التي تبطل بعدم حيازتها قبل موت الواهب" **(3)**.
وفي حق الورثة في المطالبة بثواب الهبة المقبوضة في حياة الواهب يقول صاحب النوادر والزيادات :
"إن قبض الموهوب هبة الثواب في حياة الواهب، ثم قام ورثته يطلبون الثواب فذلك لهم ما لم يتقادم ذلك، ويطول فيُتَّهَمُ " .
أما عن دور العرف الذي نصت عليه المادة (919) في المطالبة بالتعويض عن الأيام التي عاشها الواعد فلم تبحث في الفقه الإسلامي ، وبالتالي تعود إلى نظر القضاء مستعيناً بالعرف السائد

---

**1- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام 200/1**

**2- الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل ،27/7**

**3- النفراوي ،أحمد بن غانم بن سالم ، شهاب الدين الأزهري المالكي (ت: 1126هــ) ، النفراوي، الفواكه الدواني 159/2 ،وابن عابدين حاشية ابن عادين 720/3 ، والماوردي ،الحاوي الكبير 239/18 ،وابن قدامة ، والمغني 66/6**

:

**4- القيرواني ،ابن أبي زيد ، النوادر والزيادات 132/12**

**المطلب الثاني :أثر العرف في أحكام عقد التامين**

يتم البحث هنا مادتين في القانون بالإضافة إلى مفهوم التأمين

إحداهما - تشير إلى حكم العرف في الحوادث التي تخضع للتأمين بشكل عام

والثانية - أثر العرف فيما يشمله التـأمين ضد الحريق

وبيان ذلك كالآتي :

التأمين مصطلح قانوني من حيث الشكل وقد تجاذبت الاجتهادات الفقهية بين علماء الشريعة في مضمونه هل يتوافق مع الشريعة الإسلامية بين مؤيد ومعارض والرأي المشهور بين علماء العصر الحديث بإجازة عقد التأمين هو رأي الشيخ مصطفى الزرقا الذي يقول فيه :

"وخلاصة رأيي في الموضوع أن نظام التأمين في ذاته مقبول، بل مستحب في ظل الشريعة الإسلامية، بأنواعه الثلاثة: (التأمين على الأشياء من مختلف الأخطار، والتأمين من المسؤولية الذي يسمونه تأمينًا ضد الضرر، والتأمين على معونة أسرة المستأمن بعد موته ، وهو الذي يسمونه خطًا: تأمينًا على الحياة ". **(1)**

إلا أن مجمع الفقه الإسلامي خالف الشيخ الزرقا حيث جاء فيه :

" فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10 - 16 ربيع الثاني 1406 هـ/22 - 28 ديسمبر 1985م.

بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء والمشاركين في الدورة حول موضوع "التأمين وإعادة التأمين".

وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة.

وبعد تعمق البحث في سائر صوره وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها والغايات التي يهدف إليها.

وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن.

أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعا ". **(2)**

وهذا يعني أن هناك جمهور من الفقهاء المخالفين لجواز هذا العقد وليس هنا محل ذلك ، ومحل البحث مادتين في القانون أحدهما تشير إلى حكم العرف في الحوادث التي تخضع للتأمين بشكل عام ،والثانية أثر العرف فيما يشمله التـأمين ضد الحريق وبيان ذلك كالآتي

---

:

**1- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، 434/2**
**2- المرجع السابق /563/2**

**الفرع الأول ـ تعريف التأمين في القانون والفقه الإسلامي**

**المادة** 920 :

" التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيرادا مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن."
ما قاله ابن عابدين في رد المحتار:
"مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكرة وتضمين الحربي ما هلك في المركب وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو أنه **جرت العادة** أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال: سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابل ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماما، والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله لأن هذا التزام ما لا يلزم " **(1)**
إلا أن المذكرات الإيضاحية ذكرت أن المشرع الأردني لم يأخذ بهذا الرأي حيث ذكرت ما نصه ...
أصبح عقد التأمين من العقود المتعارف عليها بين الناس والتي يترتب عليهم اللجوء إليها أحيانا رعاية لمصالحهم أو بمقتضى قوانين خاصة تلزمهم بذلك وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في جوازه غير أننا لاحظنا ما جاء في المادة الأولى من الأصول التشريعية التي بنيت عليها الأحكام والمعاملات في مشروع التقنين المالكي والتي نصها ( الحاصل في عقود المعاملات وأنواعها وكيفيتها هو ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه إلا أن يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال فلا يعمل به ولا يترتب على أثاره ) . وما جاء في المادة الثانية منه ونصها :( الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يدل الدليل الشرعي على الحظر )
وإذا لاحظنا أن مثل هذه العقود ينطوي على نوع من التعاون بين المستأمنين في مواجهة الأخطار التي قد تحيق بأحدهم بغية التعويض عليه مما يؤدون من أقساط وأن العرف الجاري

---

:

**1- مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية ،جدة 22 - 28 كانون أول 1985م . ج2 ، 375/2**

**2- ابن عابدين ، رد المحتار 170/4**

بصددها لا يخالف كتابا ولا سنة نبوية فلا نرى مانعا شرعيا منه لذلك .فقد رئي الأخذ بجواز التأمين وتنظيم الأعراف السائدة بهذا الشأن ضمن نطاق ما تدعو إليه الحاجة ولا يتعارض مع كتاب وسنة أو نظام عام تبعا لما قرره الفقهاء من جواز ضمان أخطار الطريق على الوجه المبين " .(1)

**الفرع الثالث – أثر العرف في الحوادث التي يجوز التأمين ضدها**

**المادة** 921 :

"لا يجوز أن يكون محلا للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام ".

**توضيح نص المادة**

من المعلوم أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام وهناك تأمين على بعض أشياء تتعارض مع دين الدولة ،مثال ذلك : التأمين على محلات بيع الخمور . ويثور سؤال هنا أليس من باب أولى عدم ترخيص ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام ، فكيف يرخص شيء من جهة ويمنع تأمينه من المصدر نفسه ،حيث أن الترخيص والتأمين مصدرهما الدولة .

**المادة** 922 :

مع مراعاة أحكام المادة السابقة يجوز أن يتم التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الحوادث الشخصية وطوارئ العمل والسرقة وخيانة الأمانة وضمان السيارات والمسؤولية المدنية وكل **الحوادث التي جرى العرف** والقوانين الخاصة على التأمين ضدها .

أفادت المذكرات الإيضاحية أن المشرع الأردني استلهم حكم هذه المادة من المواد التالية من مجلة الأحكام العدلية وهي :

(المادة 19) : لا ضرر ولا ضرار.

(المادة 22) : الضرورات تقدر بقدرها.

(المادة 58) : التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة.

:

---

**1- المذكرات الإيضاحية ،المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، 615/2**

**2- المرجع السابق ،616/2**

## الفرع الثالث ـ الرجوع للعرف فيما يشمله التأمين ضد الحريق

**المادة** 933 :

يكون المؤمِن مسؤولا في التأمين ضد الحريق :

1- عن الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كانت ناجمة عن الزلازل والصواعق والزوابع والرياح والأعاصير والانفجارات المنزلية والاضطرابات التي يحدثها سقوط الطائرات والسفن الجوية الأخرى أو عن كل **ما يعتبر عرفا** داخلا في شمول هذا النوع من التأمين

بالرجوع للمذكرة الإيضاحية **(1)** فقد أحالت بيان أحكام هذه الماد ة إلى المواد التالية من مجلة الأحكام العدلية ( 20--21-31-32-43-44-47-48) وهذه قواعد فقهية عامة يمكن الاستدلال بها في جميع العقود وليست خاصة بعقد التأمين ،كما أن التطبيقات التي ذكرتها المجلة بعيدة عن موضوع التأمين ،وأود استعراض هذه القواعد بإيجاز ليتبين صحة ما ذكرت:

(المادة 20) : الضرر يزال.

فهذه قاعدة عامة تنطبق على إزالة الضرر في كل الأمور والتأمين يغلب عليه الاتفاق على حقوق المتعاقدين أكثر من الرجوع للقواعد العامة

(المادة 21) : الضرورات تبيح المحظورات.

أما هذه القاعدة فتشير إلى أن التأمين وتوابعه محظور في الأصل ويعمل به للضرورة

(المادة 31) : الضرر يدفع بقدر الإمكان.

وهذه القاعدة لا تلزم الطرف المؤمن (شركة التأمين) بإزالة الضرر عن الطرف المتضرر إلا بقدر إمكانها لذلك وإعمال هذه القاعدة يجيز لشركة التأمين أن تدفع أي التزام بعدم الإمكان

(المادة 32) : الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة ، ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء ،حيث أنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك وصار مرعيا.

في هذه القاعدة استدلال فيه وجاهة بالحاجة إلى التأمين ،إلا أنها لا تصلح كقاعدة يرجع إليها في تحديد ما يندرج تحت مسمى الحريق الخاضع للتأمين

(المادة 43) : المعروف عرفا كالمشروط شرطا

وأقول في هذه أن التأمين مسألة معاصرة لم يستقر العرف بها ،إلا أن يكون قصد المشرع تنظيم المسألة إلى زمن قادم يمكن أن يصبح فيه عرفاً مطردا

(المادة 44) : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

:

ولا أرى مناسبة في إقحام عقد التأمين بموضوع القاعدة السابقة ، حتى ولو سلمنا بأن التأمين له علاقة بالتجارة فالتأمين ليس بين التجار فقط ، فالغالب أن يكون بين الأفراد وشركات التأمين

(المادة 47) : التابع تابع.

فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعا

هذا التطبيق ذكرته المجلة والكتب التي تناولت القواعد الفقهية ، وتنزيله على ما يتبع الحريق إقحام لدلالة القاعدة على غير محلها ،وإذا اعتبرناه دليلاً فإنه يتناقض مع القاعدة التالية التي أشارت المذكرات إلى الاستدلال بها وهي :

(المادة 48) : التابع لا يفرد بالحكم

فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفردا عن أمه

وإذا كان في المادة (47) شيء من التوجيه إلا أنه ينعدم هنا تماماً ،ثم إنه استدلال بقاعدتين متناقضتين من حيث التطبيق .

وخلاصة الأمر أن التأمين مسألة معاصرة لا يستقيم القول بجريان العرف بفروعها ،وذلك لأن العرف حتى يكون غالباً ومطرداً فإنه يحتاج إلى زمن طويل ، لهذا فالتأمين منضبط ببنود العقد أكثر من أي وسيلة أخرى ، لذلك فإنني أرى أن النص على الرجوع للعرف في هذه المادة زيادة قيد لا أثر له .

:

## المبحث الثامن :أثر العرف في حق الملكية

### المطلب الأول :أثر العرف في القيود على الملكية

هذا المطلب يحتوي على ثلاثث مواد تتضمن الرجوع للعرف وتحكيمه في استعمال حق الملكية وهي كالتالي :

1- تقييد المالك والجار في استعمال حق الملكية والجوار حسب العرف .

2- استرشاد المحكمة بالعرف عند النزاع في اتصال منقولان لمالكين مختلفين

3- أثر العرف في حقوق التصرف والانتفاع والسكن والاستعمال والمساطحة

وإلى مصدر هذه المواد وتفسيرها أشارت المذكرات الإيضاحية (1) إلى الرجوع للمجلة ومرشد الحيران لمعرفة أحكام هذه المواد والحقيقة أن هناك مصادر كثيرة في الفقه الإسلامي بحثت في ضوابط استعمال الملكية وأثر العرف في ذلك ،والتفصيل كالآتي

**الفرع الأول- أثر العرف في تقدير المألوف وغير المألوف من أضرار الجوار**

**المادة** 1027 :

1- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار

3-وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار **المألوفة** التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت **الحد المألوف** على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

وبمقارنة مضمون المادة السابقة مع أحكام الفقه الإسلامي نجد أن ما جاء في المادة السابقة من القانون من أنه لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال حق طلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت **الحد المألوف** ، يتوافق مع ما ذهب إليه الإمام الشافعي كما نقل ذلك الماوردي في الحاوي الكبير بقوله :

" قال الشافعي رضي الله عنه: " ولو أشرع جناحا (أي شرفة الدار) على طريق نافذة فصالحه السلطان أو رجل على ذلك لم يجز ونظر فإن كان لا يضر ترك وإن ضر قطع ".

ويضيف الماوردي:

صورة هذه المسألة في رجل أشرع من داره جناحا على طريق فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين: إما أن تكون نافذة أو غير نافذة. فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من أن يكون مضراً

:

**1- المذكرات الإيضاحية ، 2 /65**

بالمارة أو غير مضر. فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله " **(1)**

**وأضاف الماوردي بأن العرف يعتبر ضابطاً في حد الضرر فقال :**

"وأما حد ما يضر مما لا يضر فمعتبر بالعرف والعادة ومختلف باختلاف البلاد ". **(2)**

إلا أن هنالك خلافاً مشتهراً بين الفقهاء حول تصرف المالك في ملكه

ذكره الأسيوطي (الشافعي) في جواهر العقود بقوله :

" وللمالك التصرف في ملكه تصرفا لا يضر بجاره

واختلفوا في تصرف يضر بالجار، فأجازه أبو حنيفة والشافعي ومنعه مالك وأحمد

وذلك مثل: أن يبني حماما أو معصرة أو مرحاضا أو يحفر بئرا مجاورة لبئر شريكه فينقص ماؤها بذلك أو يفتح لحائطه شباكا أو كوة تشرف على داره فلا يمنع من ذلك لتصرفه في ملكه "**(3)**

إلا أن التطبيقات الواردة في بعض كتب الحنفية تشير إلى بعض الاختلاف مع أئمة المذهب حيث جاء في درر الحكام :

"تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه.

مثال: يجوز لصاحب الأرض أن ينشئ دارا ويفتح نوافذ، ولكن إذا كانت النوافذ المراد فتحها تكشف مقر نساء الجيران، يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ " **(4)**

ولكن بعض فقهاء الحنابلة استخدم لفظ التحريم في تصرف الجار بملكه إذا نتج عنه إضرار بجاره يقول البهوتي في كشاف القناع :

"(ويحرم) على الجار (إحداثه في ملكه ما يضر بجاره) لخبر «لا ضرر ولا ضرار» احتج به أحمد." **(5)**

---

**1- الماوردي ،الحاوي الكبير 375/6**

**2- الماوردي ، المرجع السابق ،376/6**

**3- الأسيوطي ، جواهر العقود 137/1**

**4- حيدر ،درر الحكام ،37/1**

**5- البهوتي ، كشاف القناع 408/3**

:

ويظهر أثر العرف في الفقرة **(1)** من المادة السابقة في بيان مدى غلو المالك في استعمال حقه من عدمه ،وذلك بالرجوع للمادة (66) فقرة 2 من القانون الأردني

2-يكون استعمال الحق غير مشروع :

د- إذا تجاوز ما جرى عليه **العرف والعادة**

وقد بينت ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل مع ذكر الأمثلة أرجو الرجوع أليه **(1)** .

---

**1- الفصل الثالث ، المبحث الثالث ص(62-63)**

:

**الفرع الثاني- استرشاد المحكمة بالعرف عند النزاع في اتصال المنقولات**

**المادة** 1145 :

إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما .

وفي بيان أحكام هذه المادة أشارت المذكرات الإيضاحية إلى قواعد ابن رجب، والمادة 902 من المجلة (1)

وبالرجوع لهذه المصادر فالمجلة لم تبحث مسألة اتصال المنقولات التي ذكرها القانون أما ابن رجب فذكر أصل المسألة ثم التطبيقات عليها ولم يشير إلى أن للعرف دوراً في هذه المسألة ولم أعثر على قول للفقهاء عن أثر العرف في ذلك ،وفي العصر الحاضر تنظم مثل هذه الأمور عن طريق المجالس البلدية بقوانين خاصة لا مجال للعرف فيها ،والمتضرر يلجأ للقضاء

وأما رأي ابن رجب حول النزاع في اتصال المنقولات فذكره في كتابه القواعد بقوله :

"من اتصل ملكه بملك غيره متميزا عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر لم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك على القبول. وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرره بالفصل ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة: منها غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه" **(2)**

---

**1- المذكرات الإيضاحية ، المكتب الفني ، نقابة المحامين الأردنيين ، ،690/2**

**2-ابن رجب ، القواعد 147/1**

:

**الفرع الثالث ـ أثر العرف في حقوق التصرف والانتفاع والسكن والاستعمال والمساطحة**

**المادة** 1209 :

1- للمنتفع أن يتصرف في العين المنتفع بها **التصرف المعتاد** إذا كان سند الانتفاع مطلقا من كل قيد.

**شرح النص :**

الانتفاع كما عرفته المادة ( 1205/ مدني) : حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع .

ويتوافق ما جاء في القانون مع مفهوم الانتفاع في الفقه الإسلامي حيث جاء في الشرح الصغير:

"الانتفاع: هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها، وليس له أن يؤاجره، ولا أن يعيره لغيره والمنفعة أعم من الانتفاع، لأن له الانتفاع بها بنفسه وبغيره، كأن يعيره أو يؤجره " **(1)**

والظاهر أن الاختلاف بين الانتفاع هنا وبين الانتفاع بالمأجور أن الأول بدون عوض على الأغلب والثاني بعوض

أما عن أثر العرف والعادة في المادة السابقة فيعتبران قيداً يحمل المطلق عليه ، وإذا قيد استعمال المأجور بعدم تجاوز المعتاد وهو عقد بعوض فمن باب أولى ألا يتجاوز المنتفع بغير عوض التصرف المعتاد ، بل والأقوى من ذلك أن لا يجوز للإنسان ألا يتجاوز المعتاد في التصرف في ملك نفسه سواء في الاستعمال أو الإنفاق أو الانتفاع ، قال تعالى { **وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا** } **الفرقان (67)**

يقول الشنقيطي في أضواء البيان في تفسير هذه الآية :

"واعلم أن أظهر الأقوال في هذه الآية الكريمة، أن الله مدح عباده الصالحين بتوسطهم في إنفاقهم، فلا يجاوزون الحد بالإسراف في الإنفاق، ولا يقترون، أي: لا يضيقون فيبخلون بإنفاق القدر اللازم." (2)

أما عن أثر العرف في حدود الانتفاع فبينه ابن القيم بقوله :

وللمكتري استيفاء المنفعة بالمعروف؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، فصار كالمشروط (3)

---

**1- الصاوي ، الشرح الصغير 3 / 570، الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، 3 / 433**

**2- الشنقيطي ، أضواء البيان ،75/6**

:

**3- ابن قدامة ،الكافي في فقه الإمام احمد 181/2**

**المادة** 1210 :

1- المنتفع ملزم في أثناء انتفاعه بالنفقات التي يقتضيها حفظ العين المنتفع بها وأعمال الصيانة.

2- أما النفقات **غير المعتادة** والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك بلا جبر عليه كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير بذلك

جاءت المادتان السابقتان تحت باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، ومن هذه الحقوق ،حق التصرف والانتفاع والسكن والاستعمال والمساطحة (القرار) كما أوردتها المواد من 1198-1248 مدني أردني

ويستنبط من الفقرة 2 حكما بمفهوم المخالفة وهو إلزام المنتفع بالنفقات المعتادة التي يقتضيها حفظ العين المنتفع بها وأعمال الصيانة.،وذلك لأن الفقرة ذاتها نصت على أن النفقات غير المعتادة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع تكون على المالك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير بذلك

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية :

"لا خلاف بين فقهاء المذاهب في أن نفقات العين المنتفع بها تكون على صاحب العين، إذا كان الانتفاع بمقابل، لا على من له الانتفاع. " **(1)**

ويقول الشيخ وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته :

"يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أن على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ".**(2)**

ويذكر الزحيلي في ما يلزم المنتفع من نفقات :

"نفقات إصلاح المسيل، على المنتفع به، إذا كان في ملكه، أو في ملك غيره. فإن كان في أرض عامة، فنفقة الإصلاح على بيت المال " **(3)**.

---

**1- الموسوعة الفقهية الكويتية 308/6**

**2- الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، 4556/6**

**3- الزحيلي ، المرجع السابق ، 6/ 4676**

:

**المطلب الثاني : أثر العرف في وقف المنقول**

في هذا المطلب مادة واحدة تبحث في أثر العرف في وقف المنقول .

وقد عرفت المادة (1233/مدني) الوقف بأنه : حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مالاً .

وبالنظر إلى تعريف الوقف عند فقهائنا فنجد توافقاً في المعنى والمبنى في ماهية الوقف

حيث عرفه الحطاب في مواهب الجليل بقوله:

حبس عين لمن يستوفي منافعهما على التأبيد (1)

وعرف الكاساني في البدائع فقال :

الوقف حبس الأصل وتصدق بالفرع (2)

**المادة** 1242 :

1- يجوز وقف العقار والمنقول المتعارف على وقفه

مرجع المادة وتطبيقاتها :

مرجع هذه المادة هو ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية وهو محمد بن الحسن حيث ورد القول بجواز وقف العقار والمنقول المتعارف على وقفه ، وهذا ما ذكرته المذكرات الإيضاحية (3)

حيث ذكر ذلك الحلبي في ملتقى الأبحر بقوله :

"وصح وقف العقار والمنقول المتعارف وقفه عند محمد كالفأس والمرو(المرو حجر ابيض توضع فيه النار) والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف والكتب ."(4) وذكر ابن عابدين في رد المحتار أن نصوص المذهب الحنفي في ما يجوز وما لا يجوز وقفه مبنية على العرف فقال : "والمفتى به الذي عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف وحيث صار وقف البناء متعارفا كان جوازه موافقا للمنقول، ولم يخالف نصوص المذهب على عدم جوازه لأنها مبنية على أنه لم يكن متعارف " (5)

---

**1- الحطاب ، مواهب الجليل 18/6**

**2-الكاساني ، البدائع 221/6**

**3- المذكرات الإيضاحية 731/2**

**4-الحلبي ، ملتقى الأبحر 578/1، م1، ط1 ، دار الكتب العلمية ، وابن نجيم ، البحر الرائق، 218/5، أنظر ابن عابدين ،الدر المختار 364/4**

:

**5- ابن عابدين ، رد المحتار ، 390/4**

ويرى الحنفية ترك القياس للعرف في وقف المنقول ومن ذلك ما ذكره ابن عابدين حيث أفرد مطلباً في التعامل والعرف جاء فيه :

" والتعامل يترك به القياس فإن القياس عدم صحة وقف المنقول لأن من شرط الوقف التأبيد، والمنقول لا يدوم والتعامل، هو الأكثر استعمالا وفي المبسوط الثابت بالعرف كالثابت بالنص" . **(1)**

وفرق الحنفية أيضاً بين المنقول مقصوداً أو تبعاً ، فالمنقول المقصود بذاته وليس تبعاً لغير منقول كالمسجد الذي يتبعه المصاحف وما يحمل عليه الميت ، فهذه تبع لغير المنقول وهو المسجد أما وقفها لوحدها فيعتبر ذلك موقوف قصداً، وهذا ما عبر عنه صاحب الفتاوى الهندية بقوله :

"وأما وقف المنقول مقصودا فإن كان كراعا أو سلاحا يجوز، وفيما سوى ذلك إن كان شيئا لم يجر التعارف بوقفه كالثياب والحيوان لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالفأس والقدوم والجنازة وثيابها وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف لقراءة القرآن قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إنه لا يجوز وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ رحمهم الله تعالى منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وهو المختار والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى " **(2)**

أما وقف المنقول المستهلك فنقل صاحب البناية شرح الهداية عدم جوازه عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية فقال :

وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب، فقيل: غير جائز في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي – رحمهما الله –: أن وقف الطعام يجوز. **(3)**

---

**1- ابن عابدين ،الدر المختار 364/4 وابن مازة ، المحيط البرهاني 391/6**

**2- نظام الدين ، الفتاوى الهندية 361/2**

**3- الغيتابي ، البناية شرح الهداية 437/4**

:

**4- ابن شاس ،عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس ابن نزار، الجذامي السعدي المصري، جلال الدين، أبو محمد: (ت 616 هــ ) شيخ المالكية في عصره بمصر من أهل دمياط . مات فيها مجاهدا، والإفرنج محاصرون لها. من كتبه الجواهر الثمينة في فقه المالكية. (أنظر الأعلام ،الزركشي ،124/4)**

وأما عن مذهب المالكية في وقف الطعام فبينه الصاوي في حاشيته بقوله :

"وجواز وقف الطعام والعين نص المدونة فلا تردد فيه. نعم قال ابن رشد: إنه مكروه، وهو ضعيف، فلذا اعترض على الشيخ في ذكر التردد. وأضعف منه قول ابن شاس(**4**): لا يجوز؛ إن حمل قوله لا يجوز على المنع: وعلى كل حال كلام ابن رشد وابن شاس خلاف مذهب المدونة فكان على الشيخ أن لا يلتفت لقولهما " (**1**)

وأخيراً ذكر النووي في شرحه على صحيح مسلم :

وصحة وقف المنقول قالت به الأمة بأسرها إلا أبا حنيفة وبعض الكوفيين (**2**)

وهذا الاستلال ذكره النووي أن جباة الزكاة طلبوا من خالد زكاة أعتادِه ظنا منهم أنها للتجارة وأن الزكاة فيها واجبة فقال لهم لا زكاة لكم علي فقالوا للنبي صلى الله عليه وسلم إن خالدا منع الزكاة فقال لهم إنكم تظلمونه لأنه حبسها ووقفها في سبيل الله (**3**)

أما العرف في أيامنا هذه فلا يقيد الوقف بأي قيد فالناس يوقفون الثابت والمنقول والمستهلك (كالتمر والماء ) وينكر عرفا على من ينكر ذلك .والسبب في هذا أن أغلب الناس لا يفرقون بين الوقف والصدقة . ولكن من أشد ما يؤخذ على العرف في موضوع الوقف أنه ضيق دائرة الوقف على المساجد فقط ،فأسرف الناس في هندستها وتزيينها ظناً منهم أن أبواب الجنة لا تفتح إلا من هذا الطريق ، وهذا التوجيه لا يعني بأي شكل التقليل من أهمية المساجد كمنارة للمسلمين ومدرسة في تهذيب النفوس ومنبر لنشر العلم والخير والفضيلة بين الناس ،بالإضافة إلى المقصد الأساس وهو إقامة شعائر العبادة لرب العالمين المنعم والمتفضل على الناس أجمعين

---

**1- الصاوي ،حاشية الصاوي على الشرح الصغير102/4**

**2- شرح النووي على صحيح مسلم :56/7 ونيل الأوطار 179/4**

**3- المرجع السابق 56/7**

**4- عن أبي هريرة، قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة، فقيل: منع ابن جميل، وخالد بن الوليد، والعباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا، قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله، وأما العباس فهي علي، ومثلها معها» ثم قال: «يا عمر، أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه؟» صحيح مسلم ،باب في تقديم الزكاة ومنعها 676/2**

:

ومن الجدير بالذكر أن قانون الأوقاف الأردني يتوافق في مضمونه مع القانون المدني في جواز وقف المنقول مع أنه نص على إلغاء أي نص في أي تشريع آخر تتعارض أحكامه مع أحكام قانون الأوقاف ،ومع أنه لم يتطرق إلى العرف في هذا إلا أنه أطلق النص أكثر من القانون المدني فأشار إلى أن إدارة الأوقاف تقوم باستثمار الأموال الوقفية المنقولة وغير المنقولة بما يحقق مصلحة الوقف ، وأن تستعمل الأموال الوقفية المنقولة في الاستثمار بيعاً وشراءً لصالح مؤسسة الأوقاف دون أن يقيد ذلك بالمتعارف أو غيره ،وهذا نص القانون :

**قانون وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم (32) لسنة 2001م**

المادة (35) :

"يلغى (قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية) رقم (26) لسنة 1966 وجميع التعديلات التي طرأت عليه على أن تبقى الأنظمة الصادرة بموجبه والتعليمات المعمول بها سارية المفعول إلى أن تلغى أو تستبدل غيرها بها بمقتضى أحكام هذا القانون خلال مدة أقصاها سنة من تاريخ نفاذه كما يلغى أي نص في أي تشريع آخر تتعارض أحكامه مع أحكام هذا القانون "

مادة (37): "تقوم المؤسسة باستثمار الأموال الوقفية المنقولة وغير المنقولة بما يحقق مصلحة الوقف بما في ذلك الاستثمار في العقارات غير الوقفية شراءً وبيعاً من الأموال الوقفية المنقولة "

ويدل نص المادة السابقة (37) صراحة على جواز وقف المنقول ، حيث بين النص أن من واجبات المؤسسة الوقفية استثمار الأموال الوقفية المنقولة ، فالتقرير بوجود الأموال الوقفية المنقولة تقرير بجواز وقفها .

:

**المطلب الثالث:أثر العرف في أحكام الحقوق المجردة**

يحتوي هذا المطلب على مادتين تحكمان العرف في بعض أحكام الحقوق المجردة

الأولى : نفقة إصلاح المجرى .

الثانية : نطاق الحق المجرد

بالإضافة إلى بيان ماهية الحق المجرد والارتفاق

**الفرع الأول ماهية الحق المجرد والارتفاق**

الحق المجرد **(1)**

عرفته المادة (1271/مدني) بأنه :ارتفاق **(2)**على عقار لمنفعة عقار مملوك لأخر.

وهو مستقى من(المادة 37)مرشد الحيران وهذا نصها :

الحق المجرد تكليف أو ارتفاق مفروض على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر **(3)**

أما معنى الارتفاق فهو كما جاء في المادة 37 من مرشد الحيران :

"حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر."

والارتفاق عند المالكية:

تحصيل منافع تتعلق بالعقار .**(4)**

وحق الارتفاق في الاصطلاح الشرعي والقانوني منفعة مقررة لعقار مملوك لشخص على عقار آخر مملوك لغير الأول. كالشرب، والمسيل، والمرور، وغير ذلك.

وحق الارتفاق من قبيل ملك المنفعة. وهي منفعة بين عقارين، تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتهما. ومالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع. ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق. **(5)**

---

**1- المجرد في اللغة " جرده جَرْداً: قشَره وأزال ما عليه. ويقال: جرده من ثوبه: عَرَّاه. وجرد الجِلْدَ: نزع عنه الشعر. وجرد الجرادُ الأرضَ: أكل ما عليها من النبات وأتى عليه فلم يبق منه شيئاً. وجَرَد القحطُ الأرضَ: أذهب نباتها. وجرد السيفَ من غمده: سَلَّه ". المعجم الوسيط 115/1**

:

**2- الارتفاق لغةً: الاتكاء على مرفق اليد. . ارتفق بالشَّيء : انتفع واستعان به :- ارتفق بعلمه / بالصُّحبة الطَّيِّبة وارتفق على عطفه ومساعدته له ، - { نِعْمَ الثَّوَابُ وَحَسُنَتْ مُرْتَفقًا } ومرافق الدار: مصابُ الماء ونحوها. أساس البلاغة 371/1**

**3- المذكرات الإيضاحية 740/2**

**4- الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ،71/1 - والقاموس الفقهي 150/1**

**5- الزرقا مصطفى ، المدخل إلى نظرية الالتزام (ص 47)**

## الفرع الثاني- أثر العرف في نفقة إصلاح المجرى

**المادة** 1299 :

إذا ثبت لأحد حق المجرى في ملك آخر وتحقق ضرره فعلى صاحب المجرى تعميره وإصلاحه لرفع الضرر فإذا امتنع جاز لصاحب الملك أن يقوم به على نفقة صاحب المجرى **بالقدر المعروف**

**شرح المادة السابقة**

نصت المادة السابقة على وجوب تعمير وإصلاح المجرى من قبل صاحبه (المنتفع) إذا أضر بالمالك ،وإذا امتنع فللمالك أن يقوم بتعمير المجرى أو إصلاحه بالقدر المعروف ،أي بما جرت العادة الإنفاق على مثله ،لأن الذي يتحمل ذلك هو صاحب حق المجرى(المستفيد) حسب نص القانون

وهذا ما تضمنته (المادة 53 /مرشد الحيران ) حيث جاء فيها :

"إذا كان لأحد مجرى أو سياق ماء في دار آخر فحصل به خلل تسبب عنه للجار ضرر فللجار أن يجبر صاحبه على دفع الضرر عنه بتعميره وإصلاحه أو عدم الإجراء فيه ،وإذا أراد صاحبه إصلاحه فمنعه الجار من الدخول في داره يخير صاحب الدار بين أن يتركه يدخل ويصلح وبين أن يفعل صاحب الدار ذلك بماله ".

ويقول الشيخ وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته

" وتجب نفقات إصلاح المسيل، على المنتفع به، إذا كان في ملكه، أو في ملك غيره. فإن كان في أرض عامة، فنفقة الإصلاح على بيت المال "**(1)**

## الفرع الثالث - أثر العرف في تحديد نطاق الحق المجرد

**المادة** 1309 :

---

**[1]- الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته ، 6/ 4676**

:

يتحدد نطاق الحق المجرد بالسند الذي أنشأه **وبالعرف السائد** في الجهة التي يقع بها العقار كما يخضع للأحكام التالية ...

محل الاستدلال في هذه المادة هو الوسائل التي يتحدد بها نطاق الحق المجرد ،حيث ذكرت المادة السابقة طريقتين مجتمعتين وليست أي واحدة نائبة عن الأخرى ،وهما السند والعرف ولم يقل السند أو العرف ،وبذلك يظهر أثر العرف في مساحة وحد محل الانتفاع في الحق المجرد فإذا أغفل السند شيئاً من حدود الحق المجرد وجرى العرف به فإنه فهو معتبر قانوناً

أما في الفقه الإسلامي فإن نطاق الحقوق المجردة – كحق الطريق والمجرى والمسيل- منضبطة بضوابط يتضاءل أمامها تأثير العرف وخاصة عند الاختلاف **(1)** ومن ذلك :

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قضى النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا تشاجروا في الطريق بسبعة أذرع. **(2)**

إلا أن الكاساني أشار إلى حد الطريق في متعارف الناس فقال:

" الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم " .**(3)**

وذكر في مجلة الأحكام العدلية وشرحها أن المقصود بعرض الباب أي باب المنزل الخارجي : المادة (1169) "إذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر من تلك الساحة وأراد أصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم لكن يتركون حين القسمة له طريقا بقدر عرض باب المنزل ". **(4)**

والاختلاف في زماننا حول نطاق الحدود المجردة تعدى الرجوع للعرف إلى الاعتراض والطعن أمام القضاء بالقوانين الخاصة التي تنظم هذه الأمور، وذلك للغلاء الفاحش في أسعار العقارات واختلاف القوانين المنظمة للارتفاق فتجد تقسيم المناطق إلى (أ،ب،ج،ومنطقة تجارية وغير تجارية ..الخ) وتبع ذلك التفاوت في حقوق الارتفاق الذي لا أثر فيه للعرف

---

**1 – الكاساني ، بدائع الصنائع 258/6 – و ابن نجيم ، البحر الرائق 175/8 و رد المحتار 264/6 والفتاوى الهندية 488/3 والمبسوط 1381/9**

**2– متفق عليه، أخرجه البخاري برقم (2473) كتاب الظلم والغصب ،باب إذا تشاجروا في الطريق،ج135/3 و.**

**3– الكاساني ، بدائع الصنائع 258/6**

**4– حيدر ، درر الحكام ،177/3**

:

## نتائج الدراسة

1- القانون المدني الأردني لم يخرج(على الغالب) في مرجعيته عن الفقه الإسلامي شكلاً ومضموناً

2- أغلب مواد القانون المدني الأردني لم تخرج من حيث الصيغة والمضمون عن مواد مجلة الأحكام العدلية والتي استمدت أحكامها من المذهب الحنفي

3- لم يفرق القانون المدني الأردني بين العرف والعادة في صياغة النص القانوني، خلافاً للمنهج القانوني في التفريق بينهما

4- لا يجوز للإنسان تجاوز المعتاد في إنفاق ماله على نفسه ، أو استعماله على غير الوجه المعروف ، فإذا تقرر ذلك فمن باب أولى لا يجوز تجاوز المعتاد في استعمال ما يتعلق به حق الغير أو الانتفاع به، كالمأجور ،والمبيع تحت التجربة والعارية والوديعة والأدوات المستخدمة في المزارعة والمساقاة وحقوق الارتفاق ..الخ

5- يلاحظ عدم التوسع في العمل بالعرف في المعاملات المالية في العصر الحاضر ، وذلك لتعارف الناس على كتابة شروطهم والتزاماتهم في ما يتعاقدون عليه

6- ليس صحيحا ما يتناقله الكثير من الباحثين في موضوع العرف في القانون بأنه يتضاءل دور العرف في القانون المدني أكثر منه في القوانين الأخرى، حيث أنني وجدت ما يزيد على

:

70 موضع في القانون المدني الأردني أحيلت فيها الأحكام إلى العرف والعادة ، في حين أنني لم أجد الرجوع للعرف(على سبيل المثال) في القانون التجاري الأردني سوى (تسع فقرات) وهي : نص المادة (3) وفقرتين في المادة (4) وفقرة في المادة (62) وفقرة 2 في المادة (81) والفقرة الأولى مادة(89) و والفقرة الأولى مادة(92) والمادة (110) و والفقرة الأولى مادة(113)

وفي الدستور الأردني مادة واحدة هي المادة (103) ونصها :

" تمارس المحاكم النظامية اختصاصها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت **العادة في العرف الدولي** بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون."

وفي قانون العقوبات الأردني مادة واحدة وهي :

**المادة 62 : عقوبات أردني**

1 – لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

2 – يجيز القانون:

أ – أنواع التأديب التي يوقعها الوالدان بأولادهم على نحو لا يسبب إيذاء أو ضرراً لهم ووفق ما يبيحه **العرف العام**

7– عدم صحة تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد ، فالعرف لا يكون إلا صحيحا ، ولكن يصح تقسيم العادة إلى صحيحة وفاسدة ولو كانت العادة جماعية ، لأنه قد تجري عادة ما بين الناس ولا يتولد شعور باحترامها كزفاف العروس أمام الناس وهي بلباس ينافي حشمة المرأة

:

# توصيات الباحث

1- أن يسجل بكل التقدير والعرفان لمجلس الأمة ألأردني بشقيه النواب والأعيان رد مشروع القانون المدني المستمد من القوانين الأجنبية ،واعتماد قانون معاملات مدنية مصدره الفقه الإسلامي ،كما وألفت نظر القارئ الكريم أنه عندما يقرأ مواد القانون المدني الأردني فأنه يقرأ قال فقهاء هذه الأمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وتلامذتهم عليهم جميعاً رحمة الله ورضوانه

2- عدم عنونة الأبحاث المتعلقة بالفقه الإسلامي بعبارة (مقارنة بالقانون المدني الأردني) ــ إلا إذا ثبت وجود خلاف في ذلك ــ وذلك لأن القانون المدني الأردني مصدره الفقه الإسلامي ، ولئلا يخلص الباحث إلى مقارنة الشيء بذاته

3- إعادة صياغة المادة الثانية من القانون المدني الأردني بحيث لا توضع **عبارة قواعد العدالة بين العرف وشروطه**

4- تعديل العبارة**(لا يجوز للمضارب *خلط مال المضارب* بماله)** من الفقرة1/ المادة 626 وهذا نص الفقرة :

1- لا يجوز للمضارب ***خلط مال المضارب*** بماله ولا إعطاؤه للغير مضاربة إلا إذا جرى العرف بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه.

ليصبح نص المادة :

:

1- لا يجوز للمضارب خلط مال ***المضاربة*** بماله ولا إعطاؤه للغير مضاربة إلا إذا جرى العرف بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه.

5- أعادة صياغة المادة (538) من حيث الشكل وذلك في العبارة (حينما يحين) لأن اللفظين حينما ويحين هما نفس المعنى ، فلو أزلنا كلمة حينما وبقيت العبارة حين الوفاء لم يتغير حكم النص ثم ابتعدنا عن الحشو اللفظي ، وهذا نص المادة كما ورد في القانون:

1- إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة إجحافا بينا كان للبائع حينما يحين الوفاء ..الخ

6- إعادة صياغة الفقرة (2) من المادة (916) وهي :

2- فإذا تعلق الالتزام بتعليم أو علاج أو إنفاق فانه يجب الوفاء به طبقا لما يجري به العرف إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك.

وذلك لأن الاستثناء لا يفيد حكما جديداً في العبارة (إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك) بل إن العبارة السابقة تجعل النص مضطرباً وكأن المشرع يقول يجب الوفاء بالالتزام إلا إذا تضمن الالتزام عدم الوفاء بالالتزام .

وأقترح شطب العبارة (إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك)

:

# المراجع والمصادر

1- الأصفهاني،أبو القاسم الحسين بن محمد (ت502هـ) ، ط4 ، 1م ، **المفردات في غريب القرآن**، ، دار المعرفة ، بيروت 2005م

2- الأصبهاني، ابو بكر ، محمد بن الحسن بن فورك الأنصاري ، (ت: 406هـ) ، تفسير ابن فورك ، ط1 ، م1: ، جامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية 1430 - 2009 م

3- البجيرمي ، سليمان بن محمد بن عمر الشافعي ، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب** ، 4م بدون ط ،( البجيرمي على الخطيب ) ، دار الكتب العلمية بيروت / لبنان - 1417هـ - 1996م

4- الألفي . محمد جبر ، العرف ( بحث فقهي مقارن ) ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** 4م جمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ،العدد الخامس - 1988م جدة

5- أبو المعالي ،برهان الدين ،محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: 616هـ) **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، ط1 ،9م ،( تحقيق عبد الكريم الجندي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان 2004م

6- البزدوي ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (ت: 730هـ) **كشف الأسرار شرح أصول البز دوي** ، بدون ط ، 4م دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ،بدون تاريخ

7- البغدادي ، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (ت: 1030هـ) ، **مجمع الضمانات** ،1م ، بدون طبعة ، دار الكتاب الإسلامي ،القاهرة ، بدون تاريخ

8 - البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْ جردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) ، **السنن الكبرى** ، ط1، 1م ،( المحقق: محمد عبد القادر عطا )، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1424 هـ - 2003 م

:

9-البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلى (ت: 1051هـ) **كشاف القناع عن متن الإقناع** ،ط4 ، 6م ، دار الكتب العلمية ـ بيروت1414 هـ

10- التسخيري . محمد علي، 1988م. العرف ودوره في عملية الاستنباط ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** 4م العدد الخامس - جدة

10- تناغو ، سمير عبد السيد ،(1970)، **النظرية العامة للقانون** ،منشأة المعارف ،الإسكندرية

11- التميمي ، محمد بن خليفة بن علي التميمي ،**حقوق النبي صلى الله عليه وسلم على أمته في ضوء الكتاب والسنة**، ط2 ،1م ، أضواء السلف ، الرياض، السعودية 1997 م

12-ابن تيمية ،تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ) - **مجموع الفتاوى**،ط1 ،5م ، (المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم) ،: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، السعودية، 1416هـ/1995م

--- المحرر في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل ،ط2 ،2م ،مكتبة المعارف ، الرياض 1994م

13-14- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793هـ) **شرح التلويح على التوضيح** ، بدون ط، (مطبعة صبيح ): مصر ،بدون تاريخ

15- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ( ت816هـ) التعريفات، ط1، 1م، (المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء) ،دار الكتب العلمية بيروت -لبنان 1403هـ -1983م

16- الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: 393هـ)، **تاج اللغة وصحاح العربية**، ط4، 2م ، (تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار) دار العلم للملايين - بيروت 1402هـ

17- الجزيري ، عبد الرحمن بن محمد عوض (ت : 1360هـ) ، **الفقه على المذاهب الأربع** ط 2 ، 5م ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان1424 هـ - 2003 م

:

18–الجمل ، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت: 1204هـ)، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل** (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب ، بدون ط، 5م ، دار الفكر– بيروت ، بدون تاريخ

19– جعيط . كمال الدين، (1988م) ، **العرف،** مجلة مجمع الفقه الإسلامي 4م العدد الخامس – جدة

20– الجويني ،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب** ط 1 حققه وصنع فهارسه: أ.د/عبد العظيم محمود الدّيب ، دار المنهاج ، الرياض ،1428هـ–2007م

21– ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي(ت: 456هـ) ، بدون ط، ،2 م **المحلى بالآثار** ،: دار الفكر – بيروت ، بدون تاريخ

22– الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: 954هـ) ، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،** ط 3 ،6م ،دار الفكر–بيروت1412هـ – 1992م

--- **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** ، ط1 ،1م، (المحقق: عبد السلام محمد الشريف ) ، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان 1984

23– الحلبي ، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحنفي (ت: 956هـ) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،** ط1، 1م، (المحقق: خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور) ،دار الكتب العلمية – بيروت، 1419هـ – 1998م

24–حيدر ،علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ) ، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** (تعريب )، ط1 ،4 م ،( فهمي الحسيني )،دار الجيل ،بيروت ، 1411هـ – 1991

**25– الخشروم ، عبدالله** ، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني ،**الدليل الالكتروني للقانون العربي**

:

26- خلاف ، عبد الوهاب خلاف ،(ت 1956) **علم أصول الفقه** ،بدون ط وبدون تاريخ

الدبو . ابراهيم فاضل ، **نظرية العرف في الفقه الإسلامي**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 4م العدد الخامس – 1988م جدة

27- دونم . ابراهيم كافي ، **العرف في الفقه الإسلامي**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 4م العدد الخامس – 1988م جدة

28- الداؤدي ، غالب ،**المدخل إلى علم القانون** ،ط7 ،دار وائل ،عمان 2007

29- الدبيان ،أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد ،**المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** ، ط2 ، 20م، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – السعودية –1432 هـ

30- الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ) ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، بدون ط ، 4م ، دار الفكر ،بيروت ،بدون تاريخ

31- دكوري . ابو بكر ، العرف، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** 4م العدد الخامس – 1988م جدة

32- الدميري ، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي أبو البقاء الشافعي (ت: 808هـ) **النجم الوهاج في شرح المنهاج** ، ط 1 ، 10م ، دار المنهاج (جدة) 2004م

33- الذهبي ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز (ت: 748هـ) ، **المنتقى من منهاج الاعتدال في نقض كلام أهل الرفض والاعتزال** ،1 م،( المحقق: محب الدين الخطيب ) ،بدون ط وتاريخ ومكان نشر

34- الرجراجي ، أبو الحسن علي بن سعيد (ت بعد 633هـ)، **مناهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرح المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها** ، ط1، 10م ،اعتنى به: أبو الفضل الدّمياطي أحمد بن عليّ ، دار ابن حزم ،،بيروت 1428 هـ – 2007 م

35- الرومي ، أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله ، أبو العباس، شهاب الدين ابن النَّقِيب الشافعي (ت: 769هـ)، **عمدة السالِك وَعدة النَّاسِك** ، ط1 ، 1م ، عُني بطبعِهِ وَمُراجَعَتِه: خَادِمُ العِلم عبدُ الله بن إبراهِيم الأنصَاري ،الشؤون الدينية، قطر 1993م

:

36- ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت: 795هـ) **القواعد** ، 1م ،.بدون ط ، دار الكتب العلمية، بيروت

37- ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت520هـ)، **البيان والتحصيل** ،ط 2 ، 18م، (حققه: د محمد حجي وآخرون) دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان ،1988م

38- ابن الرفعة ، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، (ت: 710هـ) **كفاية النبيه في شرح التنبيه** ، ط 1،21 م ،دار الكتب العلمية ،2009بيروت ،م

39- الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت: 1004هـ) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، ط أخيرة ، 8م ، دار الفكر -بيروت 1984م

---**غاية البيان شرح زيد ابن رسلان** ، ط أخيرة ،1 م ،: دار الفكر، بيروت - 1404هـ

40- الزبيدي ، محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى ،(ت: 1205هـ) **تاج العروس من جواهر القاموس** ، المحقق: مجموعة من المحققين .: دار الهداية ،بدون ط وبدون تاريخ ،الكويت

41- الزحيلي محمد مصطفى ،**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، ط1 ، 2م، دار الفكر – دمشق ، 1427 هـ - 2006 م

42- الزحيلي ، وَهْبَة بن مصطفى ،**الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّته** ، ط4 ،10م ،: دار الفكر ، دمشق بدون تاريخ

43- الزرقا ،أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [1285هـ - 1357هـ] ، **شرح القواعد الفقهية** ، ط2،1م ( صححه وعلق عليه: ، مصطفى أحمد الزرقا )، دار القلم - دمشق / سوريا 1409هـ

44- الزرقا ،مصطفى أحمد ،(ت 1420ه-1990م) المدخل الفقهي العام ،ط1 ،مطبعة طربين -دمشق 1968م

--- **المدخل إلى نظرية الالتزام** ،ط1 ، دار القلم- ،دمشق 1999م

:

– ابن الأزرق ، محمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، أبو عبد الله، شمس الدين الغرناطي ابن الأزرق (ت: 896هـ) ، **بدائع السلك في طبائع الملك** ،ط1، م1،(تحقيق ،سامي النشار) ،وزارة الإعلام ، العراق، بدون تاريخ

45– الزركشي ، شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت: 772هـ) ، **شرح الزركشي** ط – 1 ، 1413 هـ – 1993 م ، : دار العبيكان ،السعودية ، بدون تاريخ

46– الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله (ت: 538هـ) **أساس البلاغة** ، م2 ،( تحقيق: محمد باسل عيون السود )،: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،بدون ط وبدون تاريخ

47– الزيلعي ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي (ت: 743 هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ** ، ط 1، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن يونس الشلبي ، (ت1021هـ)المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق، القاهرة 1312هـ

48– السغدي ،أبو الحسن (علي بن الحسين بن محمد السغدي الحنفي. (ت 461 هـ 1068 م) **فتاوى السغدي** ،( تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي) ، دار الفرقان /عمان : و مؤسسة الرسالة /بيروت ،سنة النشر 1404 – 1984 ،بدون ط وبدون تاريخ

49– السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ) **أصول السرخسي** ، م2 ،: دار المعرفة – بيروت ،بدون ط وبدون تاريخ

--- **المبسوط** ، 20م ، بدون ط ، دار المعرفة ، بيروت 1993م

50– السلمي ، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ (ت : 805هـ) ، **الشامل في فقه الإمام مالك**، ط1، 2م ،: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ،القاهرة ، 2008م

51– السمرقندي ، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: نحو 540هـ) الكتاب: **تحفة الفقهاء** ،: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، ط2 ، 1414 هـ – 1994 م .

:

52- السنوسي ،عبدالرحمن بن معمر،**اعتبارات المآلات**، ،دار ابن الجوزي :ط1 ،الدمام - السعودية ،1424هـ

53- السويكت ، سليمان بن عبد الله السويكت ، **السيرة النبوية عند الهيثمي في كتابه مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، بدون ط ،1 م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، بدون تاريخ

54- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت: 911هـ)، **الأشباه و النظائر** ، ط1 ، 1 م ، 1411هـ - 1990م ، دار الكتب العلمية - بيروت

55- سيد. محمد عطا سيد احمد ، **العرف**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 4م العدد الخامس - 1988م جدة

56- أبو سنة ، احمد فهمي، ( ت 1424هـ) ، **العرف والعادة في رأي الفقهاء** .

57- أبو شريعة إسماعيل ،**العرف والعادة وأثرهما في تغير الأحكام** ، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة ،مجلد3 ،عدد 9 - 2013م PDF

58 -الأشقر . عمر سليمان،(1988م) ، العرف بين الفقه والتطبيق ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** 4م العدد الخامس - جدة

59- شمام محمود، (1988م) ، العرف بين الفقه والتطبيق، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** 4م العدد الخامس - جدة

60- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير ( ت: 907 هـ) ، **الموافقات**،ط1 ،7 م ، ( المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان) ،دار ابن عفان ،القاهرة 1426هـ- 2005م

:

61- الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ) **الأم** ، بدون ط ، 8م ،: دار المعرفة – بيروت، بدون تاريخ

62- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني ، **فتح القدير**، (ت: 1250هـ) ، 1414 هـ ، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب – دمشق ، بدون ط وبدون تاريخ

63- الشنقيطي ، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت : 1393هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**،بدون ط، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت – لبنان: 1415 هـ - 1995 م

64- الشيباني ، محمد بن الحسن بن فرقد ، أبو عبد الله ، ( ت : 189 هـ ) ، **الأصل المعروف بالمبسوط** ، بدون ط ،5م (تحقيق أبو الوفا الأفغاني) إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي

65- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالمالكي (ت: 1241هـ) ، **بلغة السالك لأقرب المسالك** المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ،بدون ط ،4م ، دار المعارف
**(الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردي**ر لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَام مَالِكٍ) ، دار المعارف

66- الصده ،عبد المنعم فرج ، **أصول القانون** ،بدون ط ، دار النهضة العربية ،بيروت

67- الطيبي ، شرف الدين الحسين بن عبد الله ( ت :743هـ) ، **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح** المسمى بـ (الكاشف عن حقائق السنن) ، ط 1 ،( المحقق: د. عبد الحميد هنداوي) مكتبة نزار مصطفى الباز (مكة المكرمة - الرياض) ، 1417هـ- 1997م

68- ابن عابدين ،علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (ت: 1306هـ) ، **قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي**

:

«**الدر المختار شرح تنوير الأبصار**» (مطبوع بآخر رد المحتار) ،: دار الفكر ، بيروت – لبنان

--- **رسائل ابن عابدين** ،ط دار سعادات ، دمشق PDF

69- ابن عبد الوهاب ، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي (ت: 1206هـ) ، **مختصر الإنصاف والشرح الكبير** (مطبوع ضمن مجموعة مؤلفات محمد بن عبد الوهاب، الجزء الثاني) ط1،م1، (المحقق: عبد العزيز بن زيد الرومي، محمد بلتاجي، سيد حجاب) ،مطابع الرياض ، بدون تاريخ

70- عليش ،محمد بن أحمد بن محمد ، أبو عبد الله المالكي (ت 1299هـ)، **منح الجليل** ،بدون ط ،دار الفكر ، بيروت ،1989م

71- عمر . محمد عبده ، منزلة العرف في التشريع الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي،** 4م العدد الخامس – 1988م جدة

72- العيسى . سوسن محمد علي احمد.العرف ،**وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير – جامعة آل البيت 2008 م

73-ابن الفراء ، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (ت458هـ) **المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين** ،ط1، مكتبة المعارف ،الرياض ، بدون تاريخ

74- ابن فرحون ، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، **تبصرة الحكام** م2 (تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور) ،دار التراث للطبع والنشر، القاهرة

--- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، م2 ، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة

:

75- الفيروز أبادي ، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، **القاموس المحيط** ط8،1 م ، 1426 هـ -2005 م ،( تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة) مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان

76- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي الحموي ، أبو العباس (ت: نحو 770هـ) ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ،م1 في جزأين، : المكتبة العلمية - بيروت

77- فرج ،توفيق حسن ومطر،محمد علي ،**المدخل للعلوم القانونية** ،الدار الجامعية مطابع الأمل بيروت- لبنان 1990م

5- القاسم ، هشام الدخل الى علم القانون ،ط2 ، الطبعة الحديثة دمشق 1985

78- القضاة ،عمار محمد ، (2012)،**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ،ط1،،دار الثقافة ، عمان

79- القاسم ، أحمد عبيد الدعاس- أحمد محمد حميدان - إسماعيل محمود القاسم ، **إعراب القرآن الكريم** ، ط1، دار المنير ودار الفارابي - دمشق ، 1425 هـ

80- ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ) **المغني** ، 10م ، بدون ط ، مكتبة القاهرة ،1968م

ـــــــــ **الكافي في فقه الإمام أحمد** ،ط4،1م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،1414 هـ

81- قدري ، محمد قدري باشا (ت: 1306هـ)، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ،ط2، 4م ،المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ،مصر، 1308 هـ - 1891م

82- القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: 684هـ) **الفروق** = أنوار البروق في أنواء الفروق، بدون طبعة ،4م ، عالم الكتب ، القاهرة ، بدون تاريخ

:

83- القدوري ، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (ت: 428هـ) **مختصر القدوري في الفقه الحنفي** ،ط1 ، 1م، ، (المحقق: كامل محمد عويضة) ،: دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ - 1997م

84- القرالة ،احمد ،**وظائف العرف في التشريع الاسلامي** . المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية ، المجلد الثالث 2007م

85- القنوجي ، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري (ت: 1307هـ) ، **الحطة في ذكر الصحاح الستة**، ط1، 1م ،دار الكتب التعليمية - بيروت ، 1405هـ/ 1985م

86- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، (ت: 751هـ)، **إعلام الموقعين** ،ط1 ، 4م،(تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم) ، دار الكتب العلمية - بيروت1411هـ-1991م

- **القيرواني ، بن أبي زيد** ، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن ، القيرواني، المالكي (ت: 386هـ)، **النَّوادر والزِّيادات** على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ ط1، 15م ،تحقيق: الدكتور/ أحمد الخطابي، محمد عبد العزيز الدباغ ،دار الغرب الإسلامي، بيروت 1999م

87- الكشناوي ، أبو بكر بن حسن بن عبد الله (ت: 1397 هـ) ، **أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك** ، ط2 ،4 م، دار الفكر، بيروت - لبنان بدون تاريخ

88- الكرابيسي ، سعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر، جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري الحنفي (ت :570هـ)، **الفروق** ،ط1 ،2 م (المحقق: د. محمد طموم )، وزارة الأوقاف الكويتية ، 1402هـ - 1982م

89- الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريمي أبو البقاء الحنفي ،ت( 1094هـ) **الكليات** ، 1م، بدون ط ، (المحقق: عدنان درويش - محمد المصري) ،مؤسسة الرسالة - بيروت

:

90- الألباني ، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري (ت : 1420هـ)، **صحيح أبي داود** - الأم، ط1 ، 7م، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت ، 1423 هـ - 2002 م

--- **صحيح الجامع الصغير** ،م2، المكتب الإسلامي ، بيروت

---**غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام** ، ط2 ، 1م ، :المكتب الإسلامي ،بيروت 1405هـ

--- **مشكاة المصابيح** ، ط3 ،2 م ، المكتب الإسلامي ،بيروت 1405هـ

91- مالك ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت: 179هـ) ، **المدونة**، ط1 ، 4م دار الكتب العلمية ، بيروت 1415هـ - 1994م

92- المحسن ،عبد الله بن صالح ، **الأحاديث الأربعين النووية مع ما زاد عليها ابن رجب وعليها الشرح الموجز المفيد**،ط3 ،1م ،1404هـ/1984م ، : الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة

93- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ) ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** وهو شرح مختصر المزني، ط1، 19م ،المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-1419 هـ -1999 م

94- المازري ، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المالكي (المتوفى: 536هـ) ، **شرح التلقين** ،ط1، 5م، (المحقق: محمَّد المختار السّلامي) ،: دار الغرب الإسلامي، بيروت 2008م

95- الميس . خليل محيي الدين،( 1988م) ، العرف، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، 4م العدد الخامس - جدة

:

96- المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المالكي (ت: 897هــ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ،ط1 ،2 م ، دار الكتب العلمية – بيروت 1994م

97- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هــ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ط2 ،12 م: دار إحياء التراث العربي ، بدون تاريخ

98- ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد برهان الدين (ت: 884هــ)، **المبدع في شرح المقنع** ،ط1، 8 م ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان 1418 هــ - 1997 م

99- الموصلي أبو الفضل ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: 683هــ) ، **الاختيار لتعليل المختار** ،بدون ط ،5م، مطبعة الحلبي – القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها) 1356هــ - 1937م

100- ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711هــ) ، **لسان العرب**،ط13 ،15 م ،: دار صادر ، بيروت 1422هــ - 2002م

101- ابن نجيم ،زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ( ت970هــ) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1 ، 1م،وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، 1419 هــ - 1999 م

--- **البحر الرائق** ،ط2 ، 8م: دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ

102- الانصاري ، إسماعيل بن محمد بن ماحي السعدي (ت: 1417هــ) ، **التحفة الربانية في شرح الأربعين حديثًا النووية** - ومعها: شرح الأحاديث التي زادها ابن رجب الحنبلي ،ط1، 1م، 1380 هــ ،: مطبعة دار نشر الثقافة - الإسكندرية 1380هــ

:

103–النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت : 676هـ) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ،ط1، 12م ، (تحقيق: زهير الشاويش )، ،المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان 1412هـ / 1991م

---**المجموع** ،(طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي) دار الفكر –بيروت ،بدون ط و بدون تاريخ

104– النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد ، **الْمُهَذَّبُ فِي عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ** (تحريرٌ لمسائِلِه ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً) ،ط1،5 م ، مكتبة الرشد – الرياض 1420 هـ – 1999 م

105–النجدي ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي (ت: 1392هـ)، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، ط1، 7 م ، (بدون ناشر)

106– الأنصاري ، زكريا بن محمد بن الأنصاري زكريا، زين الدين أبو يحيى السنيكي، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب** ، 4م ، بدون ط ، لناشر: دار الكتاب الإسلامي

--- **منهج الطلاب** الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي ، ط1 ، 1م ،( المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة ) دار الفكر للطباعة والنشر 1997 م

107– ابن نصر البغدادي ،القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف** ط1،2م، (المحقق )الحبيب بن طاهر ، دار ابن حزم، 1420هـ – 1999م

**108–** نظام وجماعة من علماء الهند ، **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة** النعمان ، 6م ، دار الفكر ، 1411هـ – 1991م

109– النفراوي ،أحمد بن غانم بن سالم ، شهاب الدين الأزهري المالكي (ت: 1126هـ) **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، ،بدون ط ، 2م ،دار الفكر: 1415هـ – 1995م

110– النقيب ،عاطف ،نظرية العقد ،ط1،1م ، **منشورات عويدات** ،بيروت

:

111- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف السيواسي (ت: 861هـ) ، **فتح القدير** ، بدون ط ، 10م ، دار الفكر- بيروت

112- الهيتمي، ابن حجر ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري الشافعي، (909 هـ - 973 هـ)، **الفتاوى الفقهية الكبرى** ، ،بدون ط ، 10 م، دار الفكر -بيروت ، بدون تاريخ

113- ولي قوته . عادل بن عبد القادر بن محمد . **حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة** رسالة ماجستير. جامعة الملك عبد العزيز - جده

114- **مجلة الأحكام العدلية** ،(2005،)م ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ،ط1 ،دار الإسراء ،عمان

115- **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، صدرت في 13 عددا

116- **الموسوعة الفقهية الكويتية** ، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت

عدد الأجزاء: 45 جزءا ، ط من 1404 - 1427 هـ

117- **القانون المدني الأردني** رقم (43) لسنة 1976م الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

118- **القانون التجاري الأردني** رقم (12) لسنة 1966م الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

119- **قانون الشركات الأردني** رقم (22) لسنة 1997والمعدل المؤقت رقم (74) لسنة 2002م الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

120- **قانون العمل** رقم (8) لسنة 1996م ،الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

121- **قانون المالكين والمستأجرين** رقم (14) لسنة 2013م ، الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

:

122- ق**انون مقاولي الإنشاءات** ، رقـــم (13) لسنة 1987 م ،الجريدة ارسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

123- قانون وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم (32) لسنة 2001م الجريدة الرسمية ،رئاسة الوزراء ،عمان

124- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،ط3-1992مطبعة التوفيق ،عمان - الأردن

:

# IMPACT OF CUSTOM BUILD SENTENCES IN JORDANIAN CIVIL LAW, COMPARING THE ISLAMIC JURISPRUDENCE

**By**
**Mahmoud Ali Abdul Rahman Al-Asmar**

**Supervisor**
**Dr. Abdullah Saifee**

## ABSTRACT

This study aims to statement tidy custom in the Jordanian civil law, comparing the Islamic jurisprudence, in terms of the concept and the Forums and conditions of consideration of jurisprudence and rules concerning the reference to it, and show the greatness and depth of Islamic jurisprudence as a reference for civil laws of modern Arabs and Muslims, and the statement of the compatibility between the texts of the Jordanian civil law and the provisions of Islamic jurisprudence concerning the convention, and then extrapolate and analyze legal materials which provided for the return of the known Ooalastrashad in a statement sentences and build the above concluded that there are influential to custom significant in regulating transactions contracts in the Jordanian civil law, in compliance with Islamic jurisprudence, and the important results Mahal For this study, the issue of the comparison between the Jordanian civil law and Islamic jurisprudence little impact, because the presence of the Jordanian civil law was a legislative intellectual revolution on foreign laws that clash, many of them with the principles of Islamic law. The study also highlighted the extent to refer to the magazine judicial provisions in the construction of the provisions of the law, and the importance of explanatory notes in civil law in a statement Jordanian sources of Islamic jurisprudence, which returned to the legislature in the construction of the provisions of the Jordanian civil law and the formulation of its articles.

: